Das Deutsche Apotheken-Privilegienrecht.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung der

Rechts- und Staatswissenschaftl. Doktorwürde

vorgelegt von

Hans Radeke

aus

Dordamm (in der Neumark).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Würzburg.
Buchdruckerei Franz Staudenraus
1912.

Referent: **Professor Dr. Robert Piloty.**

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 1

Abschnitt I.

Geschichte des Arzneimittelhandels.

Kapitel 1. Bis zur Entstehung der Apotheken 4
Kapitel 2. Geschichte der Apotheken.
§ 1. Trennung der Medizin und der Pharmazie . . . 8
§ 2. Die Entstehung der Apotheken in Deutschland . . 10
§ 3. Die Geschichte der privilegierten Apotheken . . . 15

Abschnitt II.

Die Privilegien im allgemeinen.

Kapitel 1. Der Begriff Privilegium.
§ 1. Theorie der Privilegien 21
§ 2. Quellen und Literatur über die Privilegien und deren Bedeutung in denselben 26
Kapitel 2. Das Privilegium im weiteren Sinne 30
Kapitel 3. Das Privilegium im engeren Sinne, (eigentliches Privilegium) 33

Abschnitt III.

Die Apothekenprivilegien (Allgemeiner Teil).

Kapitel 1. Begriff und Natur.
§ 1. Die Begriffe Apotheker und Apotheke 42
§ 2. Die Natur der Apothekenprivilegien 50
Kapitel 2. Entstehung der Apothekenprivilegien.
§ 1. Die Verleihung.
I. Die Privilegiengewalt 55
II. Verleihung und Vertrag 63
III. Verleihung und Gesetz 69
IV. Die „concessio“ 78
§ 2. Andere Entstehungsarten? 85

Seite

Kapitel 3. Einteilung und Interpretation.
§ 1. Einteilung 92
§ 2. Interpretation 96
Kapitel 4. Untergang der Privilegien.
§ 1. Die Aufhebung der Privilegialrechtsnorm 100
§ 2. Das Erlöschen der Privilegialrechte 100

Abschnitt IV.

Die Apothekenprivilegien (Besonderer Teil).

Kapitel 1. Die erteilte Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb 113
Kapitel 2. Das verliehene Apothekenprivilegialrecht.
§ 1. Der Begriff 128
§ 2. Der Umfang 133
§ 3. Das Wesen 139
Kapitel 3. Die übrigen Rechte und die Verbindlichkeiten im Apothekenprivilegium.
§ 1. Die übrigen Rechte 147
§ 2. Die Verbindlichkeiten 153
Kapitel 4. Die Apothekenprivilegien in anderer Hand . . 158
Kapitel 5. Die Apothekenprivilegialrechte als Realrechte.
§ 1. als nicht radizierte Realrechte, die „selbständigen Gerechtigkeiten“ 169
§ 2. als radizierte Realrechte 178
Kapitel 6. Die Apothekenprivilegien und die Reichsgewerbeordnung 192
Schlusswort 197
Anhang 199
Literatur-Verzeichnis 210

Einleitung.

Πάντα ῥεῖ. Wenn wir heute die privilegierten Apotheken mit ihren aus alter Zeit stammenden Rechten betrachten, so gewinnen wir den Eindruck, als sei der Strom der alles ändernden Zeit achtlos an ihnen vorübergeflossen. Die Apotheke ist dem grossen Volk jetzt noch oft ein Buch mit sieben Siegeln; dieser sie umgebende Nimbus wird erhöht durch die sie schützenden und bevorzugenden alten verbrieften Rechte und Privilegien. Es scheint uns, als hätten die Apotheken ein Stück Mittelalter in unsere moderne Zeit mit herübergebracht, ein Stück Gewerbsleben aus der goldenen Zeit des Handwerks und der Zünfte.

Im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation war keine Zeit übrig für die innere Verwaltung, die Kaiser jagten ihren phantastischen Träumen nach und überliessen die Sorge für die Verwaltung des Reichs ihren Günstlingen und deren Interessenwirtschaft. Die Folge war, dass ungleiches Recht, Privilegien und Sonderrechte als Recht galten.

Damals erwachte ein kraftvolles Selbstbewusstsein in den Ständen, die mit ihrer Hände Arbeit ihr Brod verdienten; diese rafften sich auf und schlossen sich zu Zünften zusammen. Im harten Kampf mit der Obrigkeit wussten die Zünfte Sonderrechte und Privilegien zu erlangen, sie verstanden es, dieselben im Lauf der Zeiten so zu mehren, dass sie schliesslich ein Selbstverwaltungsrecht ausüben konnten, wie es in dem Umfang heute nicht denkbar ist.

Durch die Erfolge der Zünfte wurden nun auch die weniger mächtigen Gewerbetreibenden angespornt, ähnliche oder gleiche Rechte zu erlangen und schliesslich folgte der einzelne dem alles beherrschenden Streben, seinen individuellen Rechtskreis zu erweitern und zu befestigen; er konnte dieses, da nur wenige Regeln die Entwicklung des Einzelrechts beschränkten, am besten durch Erwirkung von Privilegien erzielen. Eine Reihe von Rechtsgebieten, welche jetzt durch Verfassungsgesetze, Gewerbe- und andere Ordnungen gedeckt werden, waren damals gesetzleere Räume und das Privilegium erschien darin als die unbestrittene Autoritätsform zur Begründung und Befestigung der Rechte [1]).

Alle diese Rechte sind aufgehoben worden oder untergegangen. Als das Kaiserreich zu einem Schatten herabsank, als die Territoriallandesherrn den Kaisern die Vorrechte und Privilegiengewalten abgerungen hatten und das Regiment der Fürsten zum Absolutismus erstarkte, da wurde der erste Schlag gegen die selbstherrlichen Zünfte und gegen die Privilegien geführt. Nur das schwierig zu behandelnde Gewerbe der Apotheker blieb unberührt, hier glaubten auch die absoluten Landesherren zum Wohle ihrer bevormundeten Untertanen in den sonderrechtlichen Bahnen weitergehen zu müssen. Dieses um so mehr, weil auf diese Weise eine Überwachung und Beaufsichtigung der Apotheken um so leichter erzielt wurde. Und gerade diese staatliche Aufsicht und Fürsorge für die Apotheken hat sich glänzend bewährt und sie wird auch niemals entbehrt werden können. Bewährt haben sich zu jener Zeit aber auch die Privilegien der Apotheker. Das Apothekergewerbe war damals zweifellos das Gewerbe, dessen Betrieb die meisten Schwierigkeiten verursachte. Die Einrichtungen der Apotheken waren sehr kostspielig, die Versorgung mit Drogen war kostspielig, umständlich, oft unerreichbar. Die Zahl der wirklich brauchbaren Arzneimittel war eine geringe, der Umsatz der Apotheken ein kleiner. So wurden denn Rechte

[1]) v. Gerber, Juristische Abhandlungen S. 471.

über Rechte auf die Apotheker gehäuft, nur um sie lebensfähig zu erhalten. Zu den Apothekengerechtigkeiten verlieh man ihnen Schank-, Brennerei- und Brauereigerechtigkeiten, der Handel mit Zuckerwaren, Gewürzen, Wachskerzen und Weinen war oft nur ihnen erlaubt, der Handel mit Materialwaren musste die kleinen Apotheken nicht selten über Wasser halten. Die Apotheke war der alles führende Wunderladen[1]), sie wurde aber trotz dieser Vielseitigkeit vom Volke lieber gemieden als aufgesucht. Hieran sind in damaliger Zeit auch manche Apotheken zu Grunde gegangen, aber im allgemeinen ist es der Fürsorge des Staates doch gelungen, die Apotheken durch die schwierigen Erwerbsverhältnisse durchzubringen.

Die Art und Weise, wie sich der Arzneimittelverkehr, wie sich die festen Stätten desselben, die Apotheken, entwickelt haben, ist für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse der privilegierten Apotheken von grösster Wichtigkeit und eine geschichtliche Skizze dieser Entwicklung ist deshalb unentbehrlich[2]). Weiter erfordert eine Abhandlung über das Apothekenprivilegienrecht eine ausführliche Entwicklung des Privilegienrechts. Erst so lässt sich ein einwandfreier Nachweis führen, um welche Art von Privilegien es sich bei den Apothekenprivilegien handelt, erst dann ist ihre rechtliche Ordnung für das geltende Recht erfolgreich zu behandeln.

---

[1]) Die im Anhange beigefügten Privilegienabschriften geben ein Zeugnis von der Vielseitigkeit des Betriebes.

[2]) Duden, Einige Worte über den Rechtszustand in den Preussischen Rheinprovinzen und sein Verhältnis zu den Privilegien der Apotheken — sagt Seite 17: Die deutschen Reichsgesetze sowohl als die der einzelnen Territorien sprechen über unsere Apotheken als Institute, deren Natur sie als geschichtlich bekannt, voraussetzen; namentlich gilt das von den Bestimmungen, welche die Reichs-Polizeiordnung enthält. Und darin steckt der Grund, dass man in der Auslegung ihrer Rechte notwendig zuletzt auf die Geschichte zurückgehen muss.

Abschnitt I.

Geschichte des Arzneimittelhandels.

Kapitel 1.

Bis zur Entstehung der Apotheken.

Bei den Naturvölkern übte zuerst die Frau die Heilkunde aus. Der Frau als Mutter und Weib lag die Pflege der Familie ob, sie war es, die zuerst Kräuter und Wurzeln sammelte und deren heilkräftige Wirkung erkannte. Als dann die Priester und Priesterinnen die kindlichen Anschauungen des Menschen, dass die Naturerscheinungen Äusserungen übersinnlicher und überirdischer Wesen seien, weiter bildeten, als sie ihn lehrten, dass Schmerz, Krankheit und Tod von der Gottheit gesandte Strafen seien, da war es die natürliche Folge, dass man dem Priesterstande das Vertrauen schenkte, dass er die Strafen heben könne, dass er die Krankheiten heilen könne. — So wurde der Priesterarzt der vom Volk und Gesetz anerkannte Heil- und Arzneikundige. Die Quellen aus der Geschichte der Babylonier, Assyrier, Semiten und Phönizier, besonders aber der Ägypter, bestätigen diese Entwicklung.

Die zweite Periode setzt mit den Forschungen der Naturphilosophen ein. Pythagoras, Demokritos, besonders der grosse Hippokrates waren es, die durch das Studium der Naturwissenschaften die Heilkunde in andere Bahnen wiesen. Sie lösten dieselbe von den geheiligten Überlieferungen los und verschmähten den Mysticismus. Aristoteles und sein Schüler Theophrast, die Begründer der systematischen und vergleichenden Botanik legten den Grund zu dem wissenschaftlichen Ausbau der Heil- und Arzneikunde.

Bald finden wir Medizinschulen, so in Knidos, Athen und Larissa. Allmählich entgleitet die Heil- und Arzneikunde den Händen des beamteten Priesters und der Arzt übernimmt dieselbe. Dieser neu entstehende Stand, dem die obrigkeitlichen Funktionen der Priester fehlen, erweckt das Interesse des Staates. Der Staat sucht regelnd einzugreifen. Xenophon[1]) erwähnt, dass für den Arzt eine Vorbildung bei einem tüchtigen Lehrer verlangt wurde. Die von Homer[2]) und Hippokrates[3]) erwähnten *δημοσιεύοντες* sind beamtete Ärzte gewesen. Wie nötig eine staatliche Aufsicht war, beweisen die vielen Klagen über Kurpfuscher, Betrüger und Charlatane in den Quellen. Oft waren minderwertige Iatreien Versammlungsorte für Bummler und Müssiggänger[4]).

Der Arzt verordnete und bereitete die Arzneien selbst. Er hatte ein besonderes Dispensationszimmer und grössere Vorräte setzte er jedenfalls in einen Vorratsraum, die *αποθήκη* (von *ἀποτιθέναι* wegsetzen). Erst etwa nach eintausend Jahren ist dieser Name für die Arzneizubereitungsstätte ein allgemeiner geworden. — Es gab auch Ärzte, die sich nur mit der Zubereitung von Heilmitteln beschäftigten.[5]) Daneben betrieben noch die Priester die pharmazeutische Kunst weiter, ebenso versuchten sich die Kräutersammler in derselben.

Das so hoch entwickelte Volk der Römer nahm bei Krankheiten seine Zuflucht ebenfalls zu den Gottheiten und die Auguren verstanden es auch in medizinischen Dingen den Aberglauben des Volkes zu ihrem Besten auszubeuten. Eine dea salus, eine dea febris, selbst eine dea scabies wurden als Heilgöttinnen verehrt. Anlässlich der Pest baute man dem Apollo 432 v. Chr. einen Tempel, ebenso 291 v. Chr. dem Asklepios, der als Äskulapius verehrt wurde, einen

---

[1]) Xenophon: Memorabilia 4. 2. 5.

[2]) Homer: Od. XVII. 383.

[3]) de decente ornatu 24, 25. (nach Schelenz Geschichte der Pharmazie)

[4]) Aelian. Var. hist. III. 7,3 (nach Schelenz)

[5]) Celsus erwähnt, dass sich die Ärzte auf einem Kongress in Alexandrien in Diätiker, Pharmazeuten und Chirurgen schieden (nach Schelenz).

solchen. Erst die griechische Kultur brachte den Römern die medizinische Wissenschaft. Bald finden wir in Rom, der Hauptstadt der Welt, jüdische, griechische [1]) und ägyptische Ärzte. Dieselben verkauften Gifte und bereiteten Arzneien in den Tabernen; da aber keine obrigkeitliche Aufsicht bestand, leisteten sie in der gewissenlosesten Weise dem Laster Vorschub [2]). Es gab auch Händler, die Heilmittel und Drogen verkauften, so die pharmacopolae, circumforanei, circumlatores und die pigmentarii, Plinius erwähnt noch die herbarii und die seplasarii, diese nach der Seplasiagasse so genannt. Die in den Quellen angeführten gesetzlichen Verordnungen für die Arzneimittelhändler sind nicht von Bedeutung [3]). Apotheken [4]) im modernen Sinne gab es nicht. Der Staat kümmerte sich um den Arzneimittelhandel so gut wie garnicht. Die in den Quellen oft wiederkehrenden Ausdrücke apotheca [5])

---

[1]) Plinius 29,6 erzählt, dass 218 v. Ch. ein griechischer Arzt, Agathos, in Rom das Bürgerrecht erhielt und am acilischen Kreuzweg eine Taberne besass. (nach Berendes, Apothekenwesen).

[2]) Plinius 7, 14: „Der alte Kato, der Feind der griechischen Kultur behauptete, die griechischen Ärzte hätten sich verschworen, durch ihre Kunst die Römer umzubringen. 34, 11 wirft er den Ärzten grobe Pflichtvergessenheit vor. Dann nennt er das sich breit machende Laster tenebrae officinarum. (Schelenz). Horaz, satir. 1, 2 zählt zusammen auf: pharmacopolae, mendici, mimae, balatrones-hoc genus omne.

[3]) Sehr ins einzelne gehend l. 3 § 2 ff D. 48,8: Sed ex Senatusconsulto relegari jussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea, quae acceperat, decesserit. Alio Senatusconsulto effectum est, ut pigmentarii, si cui temere cicutam, salamandram, aconitum, pityocampas, aut buprestim, mandragoram, et id quod lustramenti causa dederint cantharides, poena teneantur huius legis. Über die Ärzte auch. C. X, 52: „De professoribus et medicis."

[4]) Die in Pompeji ausgegrabenen Bronzekästen mit Aeskulap und Schlange dürften Reiseapotheken der Ärzte gewesen sein, dieselben wurden auch bei Mainz und Xanten gefunden.

[5]) apotheca war bei den Römern eine Vorratskammer im oberen Teil des Hauses über dem fumarium (der Rauchkammer, wo das Holz getrocknet wurde.) Hier wurde der in tönerne Gefässe gefüllte Wein so aufgestellt, dass er durch Einwirkung des Rauches sich klärte und trinkbar wurde jedoch ist die apotheca nicht mit cella vinaria, dem Gährungskeller zu

und apothecarii [1]) haben eine andere Bedeutung. In Rom teilten sich also die Priester, Ärzte und Händler in der Heilmittelabgabe. Ein erfreuliches Bild ist es nicht, das Rom hier bietet.

Mit der Ausbreitung des Christentums wird die Heilkunde wieder mehr von der Kirche absorbiert; ist dieselbe durch die Kirche auch wissenschaftlich nicht wesentlich gefördert worden, so haben doch die charitativen Bestrebungen derselben Grosses auch auf diesem Gebiet geleistet. Besonders hat die Ausdehnung der Orden, unter denen die Benediktinerorden und sein Stifter Benedikt von Nursia hervorleuchten, zur Bekämpfung des lange grassierenden Unfugs, der mit Giften und Arzneien getrieben wurde, ernstlich und mit Erfolg beigetragen. — Den Mönchen war die scientia curationum ad temperamentum et salutem corporum inventa und die Krankenpflege geboten. Die klösterlichen Dispensieranstalten, stationes, (ein noch jetzt in Krankenhäusern gebrauchter Ausdruck) haben sich bis heute in den Namen „Klosterapotheke, Apotheke zu den barmherzigen Brüdern“ u. a. erhalten.

Die Kreuzzüge und der rege Verkehr mit dem Orient brachten neue Arzneimittel nach Europa, bald befriedigten die veralteten Mittel der Klöster das Volk nicht mehr, ein lebhafter Drogenhandel entstand und der freie Arzneimittelhandel wird wieder volkstümlich. Es bilden sich die Stände der aromatarii, confectionarii und stationarii. Aber auch diese erfüllen ihren Zweck nicht und arten bald aus. Um dieselbe Zeit wurden nun die italienischen Universitäten errichtet. Aus allen Teilen der Welt kamen Gelehrte nach Italien. In Salerno lehrten Araber im zwölften Jahrhundert Medizin, Chemie und Pharmazie. In Arabien hatte sich die

---

verwechseln. apotheca triclinii war ein kleines Weinlager in der Nähe des Trikliniums. Ulpian, Dig. 33, 7 l. 12 § 34 spricht von apotheca librorum. Dig. 30 l. 47 § 1 heisst es vinum ex apotheca.

[1]) apothecarius, der „Lagerdiener“. Cod. Just. 12, 58 l. 12 § 3 der „Krämer“ (übersetzt von Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts).

Pharmazie schon seit langer Zeit von der Medizin getrennt[1]); um diese Zeit standen die arabischen Apotheken schon in hohem Ansehen und voller Blüte. Der arabische Einfluss blieb nicht aus. Zunächst setzten die aus der Schule von Salerno hervorgegangenen Ärzte eine Einschränkung des Arzneimittelhandels durch. Eine Verordnung[2]) des Königs Roger von Neapel und Sizilien fordert 1140, dass die die Pharmazie Ausübenden sich einem judicio unterwerfen mussten. Roger liess in Neapel die erste Apotheke und zwar nach arabischem Muster errichten[3]). In Venedig wurde 1172 die Giustizia vecchia zur Überwachung des Arzneimittelhandels eingesetzt. Der Einfluss des Morgenlandes machte sich aber bald noch weiter geltend und noch wenige Jahrzehnte, so vollzieht sich auch in Europa die Trennung der Medizin und der Pharmazie.

Kapitel 2.

Geschichte der Apotheken.

§ 1. Trennung der Medizin und der Pharmazie.

Der Hohenstaufe, Kaiser Friedrich II. hatte auf seinem Kreuzzuge gegen die Ungläubigen mit dem Mohammedaner Saladin Freundschaft geschlossen und durch diesen auch die arabischen Apotheken persönlich kennen gelernt. Nach Italien zurückgekehrt, gab er im Jahre 1241 in Neapel eine Verordnung heraus,[4]) die den Zweck verfolgte, die Pharmazie

[1]) Kopp, Geschichte der Chemie Bd. II S. 107 erwähnt um 760 die erste Apotheke in Bagdad unter der Regierung Al Mansur's.

[2]) Thomasius, de jure circa pharmacopolia civitatum § 5.

[3]) Eulenburg, Realenzyklopädie der gesamten Heilkunde 3. Aufl. Bd. 2. Seite 90.

[4]) In der Literatur findet sich auch öfter das Jahr 1224. So bei Schelenz, bei Günzel, das deutsche Apothekergewerbe. S. 5 u. a. Der Kreuzzug Friedrichs war aber in den Jahren 1228/9. Demnach ist das Jahr 1241

auf eigene Füsse zu stellen. In weiser Voraussicht hat es Friedrich verstanden, durch die Verordnung ein Gesetz zu geben, das uns jetzt noch als eine fast naturgetreue Wiedergabe der heutigen Apothekenverhältnisse erscheint. Ein Zeitraum von fast siebenhundert Jahren hat es nicht vermocht den auf dieser Grundlage basierten Stand der Apotheker wesentlich zu verändern.[1]) Die Hauptpunkte dieser Verordnung sind folgende:

Die Apotheken[2]) sollen durch vereidete Ärzte revidiert werden.

Dem Arzt ist die Zubereitung und Abgabe von Heilmitteln verboten.

Der Arzt soll mit dem Apotheker[3]) keine Gemeinschaft haben.

Die Apotheker sollen ein Zeugnis der medicorum (jedenfalls der medizinischen Fakultät) beibringen und sich bei Verlust ihres Vermögens eidlich verpflichten die Arzneien redlich und vorschriftsmässig (secundum praedictam formam sine fraude) anzufertigen.

Nicht überall, nur in bestimmten Orten (civitatibus) darf eine Apotheke und zwar nur mit behördlicher Erlaubnis errichtet werden.

Dann folgen Bestimmungen über die Vorschriften zur Arzneibereitung, über die Taxe und eine besondere Regulierung des Handels mit Giften.

Eine zweite Verordnung fordert:[4]) In jedem Bezirk

---

als Jahr der Verordnung anzunehmen. Ein Einvernehmen des Kaisers mit dem Papst Honorius III. muss aber schon vor dem Jahre 1227 stattgefunden haben, da der Papst in diesem Jahre starb. Vergl. hierzu unten Seite 13.

[1]) Thomasius führt die Verordnung in der dissertatio de jure circa pharmacopolia civitatum an und fügt im § VI hinzu: sed et circa pharmacopolas multo observatu digna et, ut ex infra dicendis patebit, fere omnia, quae hodie, quoad pharmacopolas in usu sunt, contineant. (Das war im Jahre 1774).

[2]) Für Apotheke ist das Wort statio gebraucht.

[3]) Für Apotheker confectionarius. Nach Du Cange: confectio vulgo medicina.

[4]) Thomasius a. a. O. § VII.

(in qualibet terra regni nostri) sollen Revisoren[1]) der Apotheken angestellt werden. Hieraus ist ersichtlich, dass die Verordnungen für das ganze Reich, also auch für Deutschland gelten sollten. — In beiden Verordnungen werden die Ausdrücke confectionarii und stationes gebraucht; aber gerade jetzt tritt der Name Apotheke vereinzelt auf — vielleicht um dem Gesetz ein Schnippchen zu schlagen.

Durch diese Gesetze wurde die Trennung der Medizin und Pharmazie theoretisch durchgeführt. Wie sich dieselbe in der Praxis vollzog, ist nicht sicher festzustellen. In Italien, das durch die Fürsorge der damaligen Kaiser und die immer mehr aufblühenden Universitäten kulturell ausserordentliche Fortschritte machte, konnte sich die Trennung in der Heilkunde schnell vollziehen. Die Apotheken entwickelten sich dort bald zu hoher Blüte. In Deutschland dauerte es fast noch ein Jahrhundert, ehe die Trennung zur Tatsache wurde und die Apotheke im heutigen Sinne lebensfähig wurde.

§ 2. Die Entstehung der Apotheken in Deutschland.

Duden sagt,[2]) anschliessend an die Neapler Verordnung: „Von Italien sind die Apotheken nach Deutschland gekommen, ähnlich wie das Handelswesen seinen Ursprung aus Italien herleitet. Die Geschichte der Apotheken beweist, dass dieselben vor den Verträgen[3]) mit dem Staate als Privatunternehmungen bestanden haben, insofern nämlich der Handel mit Arzneien, sowie das Heilen von Krankheiten überhaupt, bei den germanischen Völkern lange ein freies Gewerbe gewesen war, wie jedes andere. Gerade oben angeführte Entwicklung widerlegt den Wahn, als ob die Apotheken und ihre Rechte eine nackte Schöpfung der Gnade seien. Es ist ein freies, veräusserliches Gewerbe gewesen, das Recht dazu ist also nicht durch die Verwandlung

[1]) viri circumspecti et fide digni.
[2]) Duden, a. a. O. S. 17f.
[3]) Vergl. hierüber unten Absch. III Kap. 2 § 1 II.

in Staatsanstalten entstanden. Der Staat hat weiter nichts getan, als dass er zum Vorteil einzelner den anderen dieses natürliche Recht entzogen hat. Der Staat hat die Gewerbefreiheit beschränkt um dem Gesundheitszustand förderlich zu sein.“ Duden erwähnt nicht die geschichtlich erwiesene Tatsache, dass der Arzneimittelverkehr in Deutschland um diese Zeit zum grössten Teil in den Händen der Geistlichen und Klöster lag.[1]) Mit der Ausbreitung des Christentums war auch der heilkundige Mönch in Deutschland eingezogen; die Kenntnis der Heilkunde war es, die oft der Kirche erst den Weg in das heidnische Deutschland ermöglicht hatte. Später wurde in den Klöstern durch das Studium der Naturphilosophen die Heilkunde der alten Völker wieder zu Tage gefördert und da lag es auch nicht fern, dass die Mönche ihre Kenntnisse praktisch verwerteten. Viele Mönche haben sich als Ärzte in dieser Zeit einen Namen gemacht, die Klosterapotheken[2]) waren über den Kreis der Klöster hinaus berühmt; die Klostergärten waren zur Kultur der Arzneipflanzen angelegt[3]). — Schon die Bildung der Mönche, die weit über die ihrer Volksgenossen hinausragte, befähigte sie, aber auch nur sie allein, zur Ausübung der Heilkunde. Der beste Beweis ist der immer wiederkehrende Versuch der Konzile[4]), die Heilkunde aus dem Bereich der Kirche zu bannen oder doch wenigstens einzuschränken. – Auch die Ärzte dispensierten selbst. Besonders betrieben sie ihre Kunst auf den Märkten, wie das noch bis spät ins Mittelalter hinein geschah, und verkauften daselbst ihre Mittelchen. Diese beiden Stände waren es,

---

[1]) So Choulant, Schelenz, Sprengel, Berendes u. a.

[2]) Berendes S. 92[3]: Das Apothekenwesen im Orden der Benediktiner knüpft an das 36. Kapitel der Ordensregel (de infirmis fratribus) an. v. Seydel, Bayr. Staatsrecht Bd. I S. 149 erwähnt, dass erst 1766 der Betrieb der klösterlichen Apotheken in Bayern eingeschränkt wurde.

[3]) Dierauer, der St. Gallische Klosterplan von 830. Schlosser, Wien 1889. Abendländische Klosteranlagen. u. a.

[4]) So 1135 Das Konzil zu Rheims. 1139 Das Lateranische Konzil. 1162 Das von Montpellier u. a.

die den Arzneimittelverkehr in Deutschand um diese Zeit fast ganz in den Händen hatten.

Gewerbliche Privatunternehmungen für den Arzneimittelhandel haben, wie Duden es annimmt, vor 1241 so gut wie garnicht bestanden, abgesehen vom Grosshandel, der besonders in den Seestädten blühte und in den Händen der Juden lag[1]). Dass sich in diesen Handelszentren auch hier und da eine Apotheke nach arabischem Muster fand, ist wohl möglich. — Es werden allerdings oft Apotheken in den Quellen und in der Literatur erwähnt, so in Köln um 1150 sieben an der Zahl. Es ist aber nicht wahrscheinlich, dass damals gerade in Köln, wo die Geistlichkeit fleissig dispensierte, noch sieben Apotheken ihr Dasein durch Arzneiverkauf fristen konnten. Die erwähnten Apotheken sind alles andere eher gewesen als Apotheken im heutigen Sinne. Verkaufsbuden jeder Art, Krämerläden, auch Lagerräume und Keller, besonders aber die Weinläden wurden Apotheken genannt[2]). Die verwandten Ausdrücke bodega, bottega, boutique (deutsch „Bude"), sind in den romanischen Ländern noch jetzt dafür üblich. Noch Luther gebraucht das Wort Apotheke im Sinne von Gewürz und Kramladen[3]). In Ostpreussen und Posen nennt das Volk sogar heute noch die Krämerläden Apotheken und die eigentlichen Apotheken Medizin- oder Doktorapotheken. — Was Geistliche und Ärzte übrig liessen, wurde in den erwähnten Läden verkauft. So lag jedenfalls in Deutschland der Arzneimittelhandel, als Friedrich es versuchte, durch die Neapeler Verordnung geregelte Verhältnisse herbeizuführen. Dass der Kaiser auch für Deutschland die Regulierung des Arzneimittelverkehrs beab-

[1]) Günzel a. a. O. S. 7 erwähnt: Das Verbot des kanonischen Rechts von den Juden Arzneien zu kaufen wurde dahin ausgelegt, dass nur der Kauf zubereiteter Arzneimittel, nicht aber der der Rohstoffe gemeint sei.

[2]) Berendes führt als Quellen die Archive in Rostock, Breslau und Frankfurt a. M. an; auch die Schreinsbücher in Köln werden genannt, alle etwa um 1300. Hiernach wurden die Kramläden, auch die Läden für Schuhwarenkram, Tuchkram u. s. w. Apotheken genannt.

[3]) Löning. Deutsches Verwaltungsrecht S. 329.

sichtigte, geht auch aus einer Verordnung des dem Kaiser befreundeten Papstes Honorius III. an die deutsche Geistlichkeit hervor. Das Verbot lautete: „Die Priester seyen ze hoch und zuo einem höhern ampt geordnet, also kein Priester sol kein arztnei geben, wann er es schon wol könnte. Er sol sein ein artzt der selen, nit des leibs.“ —

Die kaiserliche Verordnung ist in der Tat die Grundlage für die Entwicklung der deutschen Apotheken gewesen. Es finden sich im Laufe der Jahrhunderte zahlreiche Fälle, in denen sich Behörden wegen ihres Aufsichtsrechts und Apotheker bei Vermehrung der Apotheken oder wegen der Konkurrenz seitens der Ärzte, auf diese Verordnung berufen haben. Auch die spätere Gesetzgebung lehnte sich an diese Verordnung an[1]). Die Durchführung der Verordnung musste aber anfangs auf grosse Schwierigkeiten stossen, denn wo sollten in Deutschland, das keine Hochschulen hatte, die geprüften Apotheker und die geprüften Ärzte, welche als Aufsichtsbeamte fungieren sollten, herkommen? Wie das römische Recht, so hat der italienische Handel, so hat die Apotheke ganz allmählich in Deutschland an Boden gewonnen. Erst vom 14. Jahrhundert an können wir von deutschen Apotheken sprechen, allgemein wurden dieselben sogar erst im 16. Jahrhundert[2]).

In der Zeit bis zu den ersten Privilegien lassen sich die gewerberechtlichen Verhältnisse der Apotheker lediglich auf die kaiserliche Verordnung stützen. Wollte der Kaiser Friedrich durch die Verordnung ein Regal begründen? Durch dieselbe war den Ärzten das Dispensieren verboten, die Errichtung von Apotheken war von einer staatlichen Erlaubnis abhängig gemacht. Der Kirche war der Arzneimittelhandel durch das Verbot des Papstes untersagt. Der Arzneimittelhandel war also in dem Augenblick so gut wie verwaist. Hätte nun Friedrich das Recht über den herren-

[1]) Thomasius a. a. O. Cp. II §§ XII. XIII. XVII. XVIII.

[2]) Löning a. a. O. S. 329: „Die Zubereitung und das Feilhalten von Arzneimitteln und Gewürzen bildete sich in den deutschen Städten als besonderer Geschäftszweig erst im 14. Jahrhundert aus.

losen Arzneimittelhandel zu verfügen, allein für sich in Anspruch genommen, so hätte er auf diese Weise ein Regal[1])[2]) erworben. Es finden sich charakteristische Zeichen dafür, so dass man annehmen kann, der Gedanke wäre von Friedrich und seinen Nachfolgern erwogen worden. Die zuerst entstandenen zahlreichen Hofapotheken lassen keine andere Erklärung zu. Auch werden besondere Abgaben[3]) erwähnt, so die Lokariengelder und Kanons, auch in Naturalien, nach Maurenbrecher[4]) ein Wahrzeichen der regalen Gewerberechte. Ebenso findet sich der für regale Rechte charakteristische Ausdruck Gerechtigkeit oft.[5]) Für die regalen Gewerberechte war die gebräuchlichste Form der Verleihung die Leihe nach Lehnrecht; auf seiten des Landesherrn blieb das dominium directum und die Beliehenen erhielten das dominium utile. Eine Investitur fand nicht statt. Die Verleihung geschah durch Konzessionen. Die Form der Leihe nach Lehnrecht finden wir aber für das Apothekergewerbe nicht und die spätere Entwicklung der Apotheken zeigt uns auch, dass das Apothekergewerbe, abgesehen von den Hofapotheken, nicht regalen Ursprungs ist. Dagegen ist die Annahme berechtigt, dass die kaiserliche Verordnung als eine Gewerbeordnung durchgeführt wurde.

---

[1]) Maurenbrecher, Deutsches Priv.-Recht Bd. I. S. 580: „Regalien sind Rechte, die die deutschen Regierungen aus zufälligen, geschichtlichen Gründen erworben haben.

[2]) Beseler, System des gem. deutschen Priv.-Rechts S. 362: Die Juristen legten das römische und longobardische Lehnsrecht so aus, — für die Begründung niederer Regalien oft mit sehr geringer Kritik — dass herrenlose Sachen dem Fiscus angehören, so dass man nur diesen Begriff nachzuweisen brauchte um die Regalität rechtlich darzutun.

[3]) Dieselben bestanden in Lieferungen von Siegelwachs, Gewürzen, Lebkuchen, später Zuckerwaren, auch in Geld an die Fürsten und Senate.

[4]) Bd. II S. 476. Eben diese Abgabe, die ausser der gewöhnlichen Gewerbesteuer vorkommt, ist das wahre Kennzeichen der Regalität des Gewerbes.

[5]) Maurenbrecher Bd. I S. 581[3]. Der Ausdruck Gerechtigkeit mit einem Zusatz, der das Regal bezeichnen soll, von welchem das Recht herstammt, das einem Privatmanne zur Ausübung gegeben ist, ist in der Gesetzessprache die feststehende Formel z. B. Schenkgerechtigkeit.

Der Kaiser hatte demnach nur von seinem Verbietungsrecht in bezug auf den Arzneimittelhandel Gebrauch gemacht. Die Errichtung von Apotheken wurde von einer behördlichen Erlaubnis abhängig gemacht. Hierdurch wurde kein Rechtsverhältnis geschaffen. Dieses System glich unserem heutigen sog. Personalkonzessionssystem. Der Übergang von diesem System zu den Privilegien und Realrechten ist wohl denkbar. Maurenbrecher sagt hierzu[1]): „So sind anfänglich persönliche Gewerbekonzessionen, die wegen Ausbildung der polizeilichen Beaufsichtigung der Gewerbe durch die Staatsgewalt schon frühe erforderlich geworden, dadurch sehr häufig mittelst des Herkommens in reale verwandelt worden, dass die Regierungen so leicht und so oft die Konzessionen erneuern mussten, wo der Erstkonzessionierte grosse Anlagen auf seinem Gute gemacht hatte, dass zuletzt jedermann, welcher diese Anlagen acquirierte, der Konzession nicht mehr bedurfte.

§ 3. Die Geschichte der privilegierten Apotheken.

v. Seydel[2]) teilt in seinem Gewerbepolizeirecht die Gewerbegesetzgebung in drei Systeme:

Das Zunftsystem, das Konzessionssystem und das System der Gewerbefreiheit. Das Zunftsystem fällt in die Zeit vom Ende des vierzehnten Jahrhunderts bis zum westfälischen Frieden; das Konzessionssystem von hier bis zur Auflösung des deutschen Reiches, es ist das System des Polizeistaates. — Dann beginnt das System der Gewerbefreiheit. Diese Trennung ist nicht streng durchzuführen. Die Zünfte lebten im Polizeistaate fort, erst die Gewerbefreiheit hat sie unmöglich gemacht. Durch die Einteilung wird aber den betreffenden Zeitabschnitten der Charakter aufgeprägt.

In bezug auf das Zunftsystem sagt v. Rohrscheidt[3]): „Die Rechte und Pflichten der Zünfte fanden ihren Aus-

[1]) Maurenbrecher a. a. O., Bd. 1, S. 778.

[2]) Seite 17 ff.

[3]) v. Rohrscheidt, Vom Zunftzwange zur Gewerbefreiheit. S. 1.

druck in den Statuten oder sogenannten Privilegien, welche ihnen seitens der Landesherrn verliehen worden waren.“ Der Begriff „Privilegium“ war damals noch nicht rechtlich geklärt. Gierke[1]) sagt: „Ganze Komplexe von Rechtssätzen erschienen als Befugnissphären (Freiheiten, Privilegien usw.) von Herrn und Gesamtheiten und als entsprechende Pflichtensphären von Gesamtheiten und Einzelnen, während umgekehrt Rechtsverhältnisse in Satzungsform gekleidet wurden; Rechtssetzung und Rechtsgeschäft, Gewohnheit und Unvordenklichkeit, Gesetz oder Willkür und Vertrag oder Verfügung flossen in einander.“

Anfangs ging man mit der Privilegienverleihung sehr vorsichtig zu Werke, aber bald wurden die Landesherrn durch die Macht der Städte gezwungen, nicht nur diesen selbst, sondern auch den Zünften Privilegien zu erteilen. Die Apotheker waren nicht zünftig[2]). Der Versuch war öfter gemacht sie der einen oder anderen Zunft anzugliedern, so z. B. der Zunft der Zuckerbäcker, aber ohne dauernden Erfolg. Eine eigene Zunft zu bilden, ging nicht an, da die Zahl der Apotheker in den meisten Städten eine sehr geringe war. Teils passte es dem Apotheker nicht, in einer anderen Zunft mitzulaufen, teils wusste man nicht, wohin man ihn tun sollte. So bildete sich die Sonderstellung des Apothekers, die er bis heute gewahrt hat, schon damals aus[3]). Damit wurde aber auch die rechtliche Stellung des Apothekers eine schiefe. Die persönliche Erlaubnis zum Gewerbebetrieb konnte ihm nicht mehr genügen. Die hohen geschäftlichen Unkosten, die teuren Gefässe, Gerätschaften und Drogen verlangten eine grosse Kapitalsanlage. Den Apotheker zwang ein vitales Interesse seine rechtliche Stellung zu verbessern. Er, der von den Privilegialrechten der Zünfte ausgeschlossen war, musste es versuchen, allein für sich ein Privilegium zu erhalten. Die Zeit begünstigte ihn in seinem Streben.

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 113[2].

[2]) Maurenbrecher a. a. O., Bd. II, S. 451.

[3]) Westphal, Bd. I, S. 196, § 16, sagt 1783: Das Gewerbe gehörte z. T. in die Handlung, z. T. in das Kunst- und Manufakturwesen. Trojan sagt 1891: „Halb Kommis und halb Student.“

Die ersten Urkunden, die als Privilegien gelten können, stammen aus dem vierzehnten Jahrhundert.[1]) Der Ausdruck Privilegium wird in denselben noch nicht gebraucht, aber schon hatte die Rezeption ihre Schatten vorausgeworfen, Handel und Gewerbe hatten aus Italien schon seit dem zwölften Jahrhundert römisches Recht mitgezogen und bald formten die Juristen unter Zugrundelegung des römischrechtlichen Begriffs „*privilegium*“ einen deutschrechtlichen Begriff „Privilegium“, so wie er für die damalige Zeit erwünscht, ja zum Teil unentbehrlich war.[2]) Solche Privilegien erlangten auch die Apotheker. Aber man verpflichtete die Apotheker auch zu Leistungen. So mussten sie besondere Abgaben zahlen, ebenso wurde ihnen durch sog. Apothekerordnungen die oft recht kostspielige Befolgung von Betriebsvorschriften auferlegt. So konnte es nicht ausbleiben, dass das Gewerbe trotz der verliehenen Privilegien nicht auf einen grünen Zweig kam. Da fühlten sich dann die Verleiher, besonders die Städte, veranlasst, die Apotheker noch mit allen möglichen anderen Vorrechten[3]) auszustatten, selbst Unterstützungen in Geld[4]) und Naturalien gewährte man ihnen; für diese hatten die Apotheker dem Landesherrn oder dem Rat bestimmte Lieferungen zu leisten. Um diese Zeit finden wir auch Apotheker, die sich in einer

---

[1]) Die Verleihungsurkunde für die grüne Apotheke in Prenzlau gilt als älteste, die erhalten ist. Dieselbe stammt von Otto IV. mit dem Pfeil, aus dem Hause Anhalt. Der Markgraf war „sacri imperii archicamerarius“. In der Urkunde wird Vererblichkeit zugesichert und ein Exklusivrecht für zehn Kilometer (ad decem miliaria) im Umkreis. Sie trägt die Jahreszahl 1303 und wurde 1320 vom Markgrafen Ludwig extendiert. Prenzlau war damals ein wichtiger Ort, es lag im Bereich der Hansa. — Die Urkunde befindet sich im Staatsarchiv in Zerbst. Vergl. die unten im Anhang, S. 1f, beigefügten Abschriften.

[2]) Vergl. unten Abschnitt II Kap. 3.

[3]) Thomasius a. a. O. Cp. II § VIII handelt von der immunitas apothecariorum ab oneribus personalibus. § X vom jus praelationis in concursu creditorum; siehe auch die Brandenburg. Mediz. Ord. v. 1694 § 27 p. 19.

[4]) In Rothenburg o. d. T. existiert noch eine Quittung von 1374 über 12 Pfund Heller Sold an den Apotheker.

Art Beamtenverhältnis zum Verleiher befanden[1]). Bis zum dreissigjährigen Kriege konnte sich das Apothekergewerbe auf dieser Grundlage gut entwickeln. Die Folge der günstigen Verhältnisse war, dass neben den privilegierten Apotheken noch eine grosse Zahl sog. wilder Apotheken entstand. Durch diese ungesetzliche Konkurrenz einerseits und durch die Abnahme der Bevölkerung und des Wohlstandes in den Kriegszeiten des siebzehnten Jahrhunderts anderseits litt das Apothekergewerbe aber wieder so, dass der Staat nochmals helfend eingreifen musste. Er erreichte dieses durch die Verleihung der Exklusivrechte[2]). Wenn Städten das Recht verliehen wurde Apotheken errichten zu dürfen, so wurde die Bedingung daran geknüpft auf die bestehenden Apotheken Rücksicht zu nehmen[3]). In kleineren Orten wurde dem Apotheker zugesichert keine neue Apotheke mehr privilegieren zu wollen; in grösseren Städten kauften oft mehrere Apotheker die eine oder andere Apotheke an und versicherten sich der staatlichen Zusage, dass keine neuen Privilegien mehr verliehen würden.

Als dann das Konzessionssystem, dem Geiste des Polizeistaates entsprechend, an Stelle des Zunftsystems trat, da vertrat der Staat die Ansicht, dass nur Apotheken ohne finanzielle Sorgen von Nutzen sein könnten; so glaubte er die Interessen der Apotheker, wie die der Konsumenten zu schützen. Galt es nach dem dreissigjährigen Kriege als hergebrachtes Recht[4]), dass zur Errichtung einer neuen Apotheke ein Privilegium notwendig sei, so wurde jetzt dieses Recht streng durchgeführt. Die den Bestand der Apotheken gefährdende Konkurrenz[5]) hielt der Staat zurück, dazu gewährte er ihnen noch neue Rechte und Freiheiten. Oft wurde den Apothekern der Alleinverkauf von Gewürzen und Zucker übertragen, oft wurden ihnen Schank-

[1]) so die Rats- und Stadtapotheker. Schelenz und Berendes erwähnen dieses Verhältnis für Hamburg, Nürnberg, Frankfurt a. M., Augsburg u. a.

[2]) Vergl. hierzu oben Abschn. IV. Kap. 3 § 1.

[3]) Löning a. a. O. S. 329.

[4]) Moser, von der Landeshoheit in Polizeysachen S. 78.

[5]) Thomasius a. a. O. § 34.

gerechtigkeiten für Wein verliehen oder die Erlaubnis den Materialhandel betreiben zu dürfen, erteilt. Auf der anderen Seite stellte der Staat, der bald das Recht Apotheken anlegen zu dürfen ganz für sich in Anspruch nahm[1]), neue Anforderungen an die Apotheker. Die Häuser mussten nach besonderen Vorschriften eingerichtet werden und mit trocknen Kellnern und Lagerräumen versehen sein; Anlagen von Gärten für Arzneipflanzen waren zwar nicht vorgeschrieben, doch gern gesehen. Der Apotheker wurde teils in den Privilegien, teils durch die zahlreichen und streng durchgeführten Apotheker- und Apothekenbetriebsordnungen zur steten Dienstbereitschaft verpflichtet und für sein Personal verantwortlich gemacht. Häufige, unverhofft vorgenommene Visitationen kontrollierten die Waren des Apothekers und seine Tätigkeit. Da der Bestand der Apotheken durch die Fürsorge des Staates gesichert war, so konnte und musste der Apotheker zum Wohle der Allgemeinheit das Beste liefern, was es gab. Die Apotheken wurden so gut ausgestattet, wie es nur möglich war. — Auf dieser Grundlage entwickelte sich die deutsche Apotheke zu einer derartigen Vervollkommnung, dass sie heute als die beste der Welt gilt.

Man kann die Entstehungszeit der privilegierten Apotheken in die Zeit von 1300 bis 1806 legen, in einigen Staaten hörte man einige Jahre früher, in anderen einige Jahre später mit den Privilegierungen auf. Es ist aber schon erwähnt, dass es erst seit Ende des 17. Jahrhunderts als hergebrachtes Recht galt, dass zur Errichtung einer neuen Apotheke ein obrigkeitliches Privilegium notwendig war. Die Apotheker, die anfangs ein Privilegium nicht besassen, verschafften sich dasselbe nachträglich, viele mögen das Recht auch durch Unvordenklichkeit[2]) erlangt haben. Jedenfalls gelten die in dieser Zeit gegründeten Apotheken heute für privilegierte Apotheken.

[1]) Den Städten wurde das Recht, Apothekenprivilegien zu erteilen, entzogen. vergl. A. L. R. II. 8 § 462.

[2]) Vergl. hierzu oben Absch III Kap. 2 § 2.

Das Jahr 1806 wurde ein Wendepunkt von weittragender Bedeutung auf dem Gebiet des Staatsrechts. Der Absolutismus, noch eben in seiner vollsten Blüte stehend, zeigt schon Spuren des Verfalls. Die Einschränkung der Privilegienwirtschaft ist eine der ersten Konzessionen, die in Deutschland den konstitutionellen Ideen gemacht wurde. So wurde auch mit dem System der Privilegierung der Apotheken gebrochen, es wurde versucht, auch das Apothekergewerbe nach und nach einer modernen Gewerbeordnung anzupassen.

Abschnitt II.

Die Privilegien im allgemeinen.

Kapitel 1.

Der Begriff Privilegium.

§ 1. Theorie der Privilegien.

Die Theorie und die Stellung der Privilegien im Rechtssystem ist folgendermassen zu erklären: „Recht“ nennen wir sowohl den Inbegriff der Rechtssätze, wie den Inbegriff der Rechtsverhältnisse. Heute unterscheiden wir beide Bedeutungen und sprechen daher von „objektivem“ und „subjektivem“ Recht[1]). Das objektive Recht besteht aus Rechtssätzen, die durch den Willen der Menschen ausgesprochen werden. Nach der Natur des Rechts sind die Rechtsätze abstrakte Sätze, sie stellen als Rechtsregeln eine gleiche Norm für eine Vielheit gleichartiger Tatbestände auf. Es sind aber in jedem abstrakten Rechtssatz konkrete Normen für die einzelnen von ihm umspannten Fälle verborgen, die von der Rechtsanwendung durch schöpferische Tätigkeit gesucht werden müssen.

Nach dem Inhalt sind die Rechtssätze gewährend, verpflichtend und begrenzend. Gewährend setzt der Rechtssatz die Befugnis, das ist die Willensmacht; verpflichtend setzt er die Verbindlichkeit, das ist die Willensgebundenheit und begrenzend wirkt der Rechtssatz dort auf das Dürfen, hier auf das Sollen, bezw. das Nichtsollen, als Gebot oder Verbot.

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I S. 112.

Befugnisse und Pflichten sind die wesentlichen Bestandteile des subjektiven Rechts; dieselben sind keine Schöpfungen des objektiven Rechts, denn subjektives und objektives Recht sind gleich ursprünglich[1]). Die Befugnisse und Pflichten müssen aber vom Rechtssatz anerkannt sein um rechtliche zu sein, so sind also subjektives und objektives Recht Korrelatbegriffe, beide sind von einander abhängig; das objektive Recht gestaltet das subjektive Recht, sein Inhalt ist stets auf Gewährung, Verpflichtung und Begrenzung des subjektiven Rechts gerichtet.

Befugnisse und Pflichten sind ihrer äusseren Gestalt nach Wechselbegriffe, den Befugnissen einer Person stehen immer Pflichten der anderen oder anderer gegenüber. Beide sind aber in ihrem Entstehen unabhängig von einander[2]). Die Befugnisse treten im Privatrecht, die Pflichten im öffentlichen Recht mehr hervor.

Das vom abstrakten Rechtssatz gestaltete subjektive Recht muss werden, d. h. ein Rechtssubjekt, das vom objektiven Recht als rechtsfähig anerkannt ist, erwirbt das Recht. Das Recht kann sich ganz oder teilweise ändern, je nachdem Subjekt, Inhalt oder Objekt wechseln. Es ist teilbar, es kann abgesondert und als selbständiges Recht konstituiert oder wieder vereinigt also restituiert werden. Zum Erwerb, zur Veränderung und zum Untergang des Rechts sind sog. juristische Tatsachen erforderlich. Dernburg[3]) definiert diese folgendermassen: „Im Raum und in der Zeit sich abspielende, sinnlich wahrnehmbare Begebenheiten.“ Diese werden eingeteilt in Handlungen und andere Ereignisse z. B. Tod, Zeitablauf usw. — Äussern die Beteiligten ihren Willen durch Handlungen und verwirklichen sie auf diese Weise juristische Tatsachen, so entsteht ein Tatbestand. Diesen erkennt das objektive Recht als rechtsgestaltend an und knüpft den Erwerb, die Veränderung und den Verlust der Rechte als Rechtsfolgen an denselben

[1]) Gierke, a. a O. Bd. I Seite 252.
[2]) Vergl. hierzu Gierke Bd. I Absch. II u. III.
[3]) Dernburg, Pandekten Bd. I S. 184.

Die Befugnisse und Pflichten sind damit verteilt, die Handelnden sind in ein Rechtsverhältnis getreten, das das objektive Recht „mittelbar" geordnet hat. Das objektive Recht ordnet mittelbar, wenn der Mensch mitwirkt und seinen Willen durch Rechtsgeschäfte und unerlaubte Handlungen betätigt. Verwirklichen sich dagegen Ereignisse, wie Geburt, Tod usw., so entstehen Tatbestände ohne den Willen des Menschen; ebenso ist das der Fall, wenn fremde Handlungen einem anderen ohne seinen Willen ein Recht schaffen. Auch diese Tatbestände erkennt das objektive Recht als rechtsgestaltend an und ordnet, anknüpfend daran, die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten ebenfalls „mittelbar". Das ist die Entwicklung secundum jus, wie sie mit den Grundregeln des bestehenden Rechts und mit den strengen Rechtsbegriffen übereinstimmt. Sie entspricht dem Inbegriff derjenigen Rechtsregeln, welche dem Geiste eines positiven Rechtssystems, der ratio juris, entsprechen, also den Charakter des regelmässigen tragen.

Es gibt aber auch eine Rechtsentwicklung contra jus. Dernburg[1]) sagt hierzu: „Die gesetzgebende Gewalt stellt gewöhnlich Regeln auf, nach welchen die Rechte durch entsprechende juristische Tatsachen entstehen, sie ruft aber auch direkt Rechte ins Leben!" Beseler[2]) sagt: „Die Rechtsgeschäfte sind nicht die einzigen Entstehungsgründe der Rechtsverhältnisse, dieselben können vielmehr auch direkt durch Rechtsregeln hervorgerufen werden." Gierke[3]) drückt die Rechtsentwicklung contra jus folgendermassen aus: „Vielfach knüpft die Rechtsordnung unmittelbar an das Dasein eines Zustandes oder Vorganges privatrechtliche Folgen an, dann sprechen wir von gesetzlichen Rechten und Pflichten!" Die „unmittelbare" Einwirkung der Rechtsordnung ist also das charakteristische Zeichen für die Rechtsentwicklung contra jus.

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. I S. 197.

[2]) Beseler, System des allg. deutsch. Priv. Rechts S. 160.

[3]) Gierke a. a. O., Bd. I S. 282.

Geschieht die Rechtsknüpfung in der regelmässigen, abstrakten Weise, aber unmittelbar, seitens der Rechtsordnung an eine Vielheit gleichartiger Tatbestände, so entstehen Rechte, die Gierke[1]) „abstrakte gesetzliche Rechte“ nennt. Sind diese Rechte allen Rechtssubjekten zugedacht, so heissen sie „allgemeine abstrakte gesetzliche Rechte“, wie z. B. die gesetzlichen Pfandrechte. Sind dieselben nur einer besonderen Klasse von Rechtssubjekten zugedacht, so sind es die „besonderen abstrakten gesetzlichen Rechte“. Das für eine besondere Klasse von Rechtssubjekten normierende Recht heisst „jus singulare“. Setzt das jus singulare Begünstigungen, so wird es „Privilegium im weiteren Sinne“ genannt.

Setzt die Rechtsordnung unmittelbar durch ein Einzelgesetz (lex specialis) für eine in demselben individuell bestimmte Person oder Sache[2]) in konkreter Weise Recht und Befugnisse, so haben wir das „jus speciale“ oder das „Privilegium im engeren Sinne“.

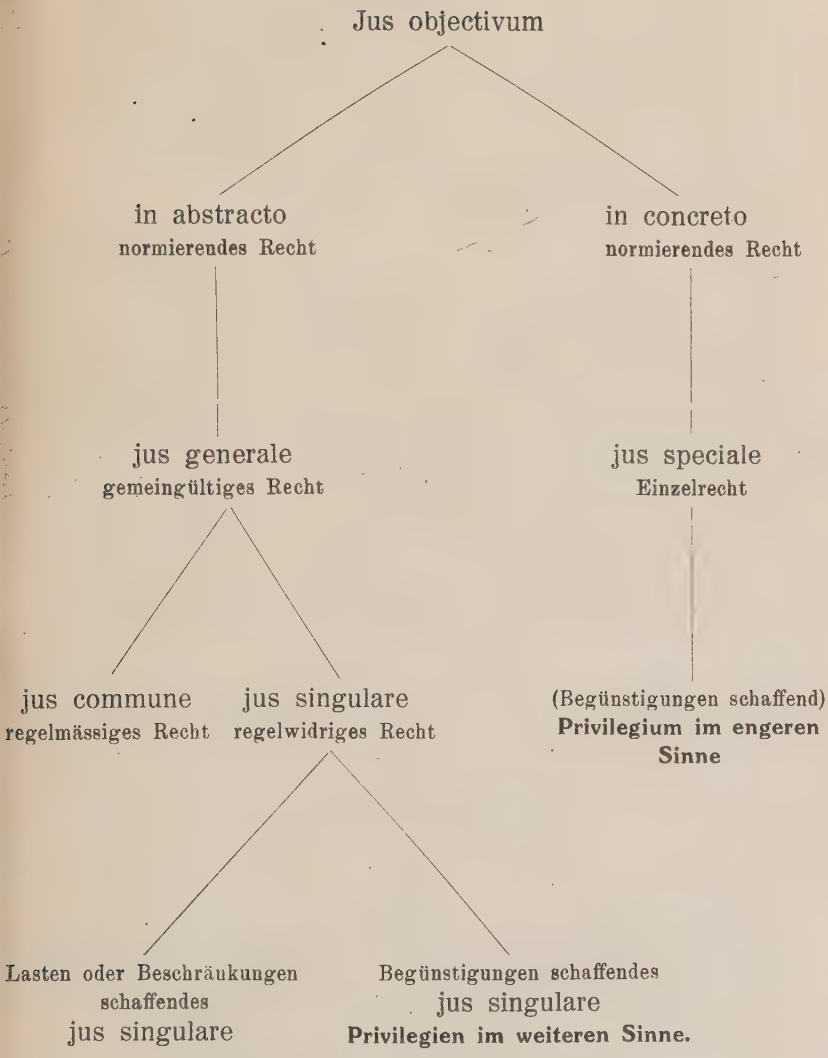
Es gibt also zwei ganz verschiedene Rechtsbegriffe, die den Namen Privilegium führen. In der nebenstehenden graphischen Darstellung ist die Stellung beider im Rechtssystem veranschaulicht.

Wie hier das objektive Recht in gemeingültiges und Einzelrecht, das gemeingültige in regelmässiges und regelwidriges Recht eingeteilt ist, so gilt dieselbe Einteilung auch für das subjektive Recht. Das gemeingültige Recht im objektiven Sinne knüpft gemeingültiges Recht im subjektiven Sinne. Das regelwidrige Recht im objektiven Sinne knüpft regelwidriges Recht im subjektiven Sinne. Das Einzelrecht im objektiven Sinne normiert individuelle Befugnisse und Verbindlichkeiten, also Recht im subjektiven Sinne.

Die Rechtsnorm des Begünstigungen schaffenden jus singulare nennt man „Privilegium im weiteren Sinne im

[1]) Gierke a. a. O, Bd. I S. 302.

[2]) Zu den Privilegien, die an eine Sache geknüpft sind, den Realprivilegien, vergl. unten Absch. IV, Kap. 5 § 2.


Jus objectivum
in abstracto
normierendes Recht
in concreto
normierendes Recht
jus generale
gemeingültiges Recht
jus speciale
Einzelrecht
jus commune
regelmässiges Recht
jus singulare
regelwidriges Recht
(Begünstigungen schaffend)
Privilegium im engeren Sinne
Lasten oder Beschräukungen schaffendes
jus singulare
Begünstigungen schaffendes
jus singulare
Privilegien im weiteren Sinne.

objektiven Sinne"; die Befugnis aus demselben heisst „Privilegium im weiteren Sinne im subjektiven Sinne". Die Rechtsnorm des jus speciale ist das „Privilegium im engeren Sinne im objektiven Sinne", die Befugnisse aus dieser Norm nennt man „Privilegium im engeren Sinne im subjektiven Sinne".

§ 2. Quellen und Literatur über die Privilegien und deren Bedeutung in denselben.

Die Lehre von den Privilegien ist im kanonischen Recht am ausführlichsten behandelt. In dem Jahrhunderte lang währenden Streit zwischen Kaiser und Papst hat es sich ja im wesentlichen um Hoheitsrechte und Privilegiengewalt gehandelt. An die kanonische Lehre anschliessend hat die gemeinrechtliche Lehre die Theorie der Privilegien weiter entwickelt, doch stehen viele Bestimmungen mit der Verfassung der katholischen Kirche in engster Verbindung und sind diese deshalb auf die Privilegien des Staatsrechts nicht anwendbar. Später, als die Privilegienwirtschaft überhand nahm, wurden eine Reihe von Sätzen des römischen Reskriptenrechts herangezogen, um die Privilegien einzuschränken.[1])

Als Quellen sind aus dem kanonischen Recht hervorzuheben: Innocenz III. tit. X Buch V. 33. de privilegiis. Ferner wird das Privilegienrecht behandelt: in Clementinis V. 7; in Extravagant. Johannis XXII. tit. 11; in Extravagant. commun. V. 7. u. a. Aus dem römischen Recht ist wichtig das corpus juris civilis, besonders die Digesten und der Kodex. Der Digestentitel I, 4 „De constitutionibus principum" hat die Pandektisten vielfach angeregt. Dann ist von Bedeutung das Allgemeine Landrecht §§ 54—58 und 62—72 Einleitung. Dieses gibt hauptsächlich Vorschriften über die Auslegung der Privilegien. Das Bayerische Landrecht stellt Rechtssätze über den Erwerb, die subjektive Zuständigkeit, die Interpretation,

[1]) Vergl. unten Abschnitt III, Kap. 4 § 1.

Kollision und Beendigung der Privilegien auf. Ausführlich behandelt das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811 das Privilegienrecht. Auch in den Verfassungsurkunden einiger Staaten sind einige wenige Bestimmungen enthalten; die Reichsverfassung erwähnt das Privilegienrecht nicht.

Was die Literatur anbetrifft, so ist die kirchen- und pandektenrechtliche besonders reichhaltig, von der staatsrechtlichen ist die württembergische und preussische am ausführlichsten. Auch das deutsche Privatrecht hat sich viel damit beschäftigt. In der neuen staatsrechtlichen Literatur ist nach Gründung des Reichs das Interesse für das Privilegienrecht geschwunden, dagegen hatte um die Zeit der Auflösung des alten Reiches die Privilegienhoheit lebhafte Debatten hervorgerufen, ebenso zur Zeit der Verfassungskämpfe. Endlich sind noch verschiedene Abhandlungen über die Einwirkung der Napoleonischen Gesetzgebung auf das Privilegienrecht vorhanden.

Das Wort „privilegium“ ist römischen Ursprungs. Die Etymologie zieht heute die Ableitung von lex privi der früheren von lege privare vor. Der Stamm von privus und privare ist derselbe[1]). Aus der Zeit der Könige sind Quellen über den Begriff privilegium nicht vorhanden, als älteste Quelle gilt das Zwölftafelgesetz.[2]) Auf der tabula nona hiess es: *„privilegia ne irroganto“*. Über den Sinn dieser Stelle ist viel gestritten[3]). Soviel steht fest, dass hier der Ausdruck privilegium den Sinn hat, den ihm die

---

[1]) Nach Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts: privare im üblen Sinne, berauben einer Sache z. B. aliquem vita; im guten Sinne, befreien von etwas z. B. aliquem exsilio, dolore usw., privus, a, um von privare heisst: einzeln, jeder, besonders, eigentümlich, eigen.

[2]) Puchta, Kursus der Institutionen Th. 1 S. 139: „Wenn zur Zeit der Könige Privilegien erteilt wurden, so wurden sie nicht durch den König, sondern durch die Kuriatkomitien erteilt.“

[3]) Schlayer, Zeitschrift für Civ. Recht und Prozess XII, S. 65: „Die gründlichsten Gelehrten verstehen darunter ein Verbot des Ostracismus!“

nicht juristischen Schriftsteller, so besonders Cicero[1]) beilegen. Cicero[2]) sagt, privilegium ist eine lex in privos homines lata, d. h. eine für ein einzelnes Individuum und für einen konkreten Fall gesetzte Norm. Das ist die lex specialis, unser Privilegium im engeren Sinne. Auch Savigny[3]) sagt, dass in der ältesten Sprache die individuellen Ausnahmen in der Regel privilegia heissen. Später finden sich dafür die Ausdrücke constitutio personalis[4]) und speciale beneficium[5]). Die constitutiones personales werden definiert als leges quae personam non transgrediuntur, die leges generales als leges quae omnes procul dubio tenent. In der kanonischen Rechtssprache heisst das Privilegium im engeren Sinne lex privata, indulgentia, beneficium, in späterer Zeit auch indultum[6]). Die Justinianische Zeit verstand unter privilegium gewöhnlich das jus singulare, unser Privilegium im weiteren Sinne. So sagt Savigny[7]): „Bei weitem die häufigste Bezeichnung des jus singulare bei den Römern ist aber die durch den Ausdruck privilegium!“ In diesem Sinne kennt das römische Recht privilegia militum, privilegia exigendi, privilegium funerarium, privilegium dotis, privilegium pupilli in bonis tutoris u. a. In den Quellen des gemeinen Rechts kommen für das jus singulare die Ausdrücke privilegium, beneficium, principale beneficium und indulgentia vor[8]), die letzteren sind aber selten[9]).

[1]) Paradoxon IV sub fine: Sed quid ego communes leges profero, quibus omnibus es exul? — Familiarissimus tuus de te privilegium tulit, ut si in opertum bonae Deae accessisses, exsularet!

[2]) de legibus lib. III Cp. 4.: Privilegia ne irroganto: de capite civis, nisi per maximum comitatum, ne ferrunto! Cp. 19: majores in privos homines leges ferri noluerunt: id est enim privilegium!

[3]) Savigny, Syst. des heutigen röm. Rechts Bd. I S. 65, ebenso Wächter, Schlayer, Schilling u. a.

[4]) l. 1. D 1,4 § 2.

[5]) Schlayer a. a. O. S. 64 Note 12.

[6]) Hinschius, Kirchenrecht III, S. 805, Note 4.

[7]) Savigny a. a. O., Bd. I S. 62.

[8]) Schlayer a. a. O., S. 64, Note 12.

[9]) Savigny a. a. O., Bd. I S. 65: „In unseren Rechtsquellen dagegen ist privilegium die regelmässige Bezeichnung für das jus singulare und kommt dabei in einer grossen Zahl von Stellen vor.“

In unserer Volkssprache verstand und versteht man zum Teil noch heute unter Privilegium jede Art von Vorrechten, die nicht nach den Grundregeln des für alle geltenden Rechtes erworben sind. Einmal meint man die subjektiven Befugnisse schaffende Rechtsnorm, dann wieder die Befugnisse selbst. Ebenso werden keine Unterschiede gemacht, ob dem jus singulare oder dem jus speciale angehörig.

Aber auch die Rechtssprache hat die Begriffe nicht immer genau auseinander gehalten. Erst im neunzehnten Jahrhundert begann eine auf wissenschaftlicher Basis beruhende Trennung[1]). Es wurde das Privilegium, je nachdem es aus dem jus singulare oder dem jus speciale entstanden ist, als Privilegium im weiteren und engeren Sinne unterschieden und hinzugefügt, ob es im objektiven oder im subjektiven Sinne gemeint ist. Aber die meisten Gelehrten dieser Zeit haben noch beide Begriffe zusammen behandelt; noch Savigny klagt, dass dieses eine grosse Verwirrung in die Lehre von den Privilegien gebracht habe. In jüngster Zeit hat man die Lehre dadurch vereinfacht, dass man das jus singulare getrennt unter der Bezeichnung Sonderrecht behandelt hat[2]).

Das Privilegium im engeren Sinne, auch eigentliches, beschränktes — im A.-L.-R. wird von ausdrücklichen Privilegien gesprochen — nennt man jus speciale, Einzelrecht. Für die Rechtsnorm, die lex specialis, waren und sind z. T. noch gebräuchlich die Namen Gnadenbrief, Handfeste[3]); heute sagt man persönliches Gesetz[4]), Einzelgesetz, Individualrechtssatz. Für die Befugnis finden sich die Ausdrücke Gerechtsame, Rechtsame, Gerechtigkeit, Freiheit, auch Immunität und Indult.

Neue Verwirrung ist dadurch entstanden, dass von vielen Autoren das besondere Privatrecht, ein ebenfalls

[1]) Zuerst von Hufeland, Geist des römischen Rechts. vergl. ibidem S. 211 ff.

[2]) Vergl. hierzu unten Kap. 2 dieses Abschnitts.

[3]) In der goldenen Bulle und in der Wahlkapitulation vom 3. VII. 1519 gebraucht; vergl. auch Glück, Pandekten Bd. I S. 555.

[4]) Wächter a. a. O. Bd. II S. 10.

anomales Recht, mit jus speciale bezw. lex specialis benannt wird, so z. B. von Beseler das Ständerecht[1]). Eine Übersetzung mit Spezialrecht und Spezialgesetz ist ebenfalls keine glückliche, darunter versteht man heute bestimmte Materien behandelndes Recht und Gesetz. Der im allgemeinen treffende von Regelsberger gebrauchte Ausdruck Individualrechtssatz darf nicht dazu verleiten, das Recht mit dem jus individuale zu identifizieren; der Ausdruck jus individuale wird als Gegensatz zum Sozialrecht gebraucht[2]).

Ich schliesse mich Unger und Regelsberger an und werde die Ausdrücke Einzelrecht, Einzelgesetz und Individualrechtssatz gebrauchen.

Die Gewohnheit, die Norm und die Befugnis mit Privilegium zu benennen, ist, wie wir sehen werden[3]), berechtigt.

Kapitel 2.

Das Privilegium im weiteren Sinne.

Die Tätigkeit des Gesetzgebers verfolgt in erster Linie den Zweck, allgemeine Normen aufzustellen, Normen, die die Verhältnisse aller Untertanen regeln sollen. Der allgemeine Rechtssatz gilt also in allen Fällen, wo gleiche Umstände vorliegen. Oft verlangt aber das Allgemeinwohl eine Abweichung von dieser Regel, der Gesetzgeber muss Gesetze normieren, die nur für bestimmte Klassen von Personen, von Sachen oder von Rechtsverhältnissen gelten. Das so normierende Recht ist das jus singulare. Paulus definiert l. 16. D. 1, 3 de legibus das jus singulare wie

---

[1]) Beseler a. a. O. S. 10; vergl. auch Puchta, Pandekten § 21, Mühlenbruch u. a.

[2]) Vergl. Gierke a. a. O. Bd. I S. 26.

[3]) Vergl. hierzu Kapitel 3 dieses Abschnittes.

folgt: *jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est!* Paulus findet das Hauptmerkmal des jus singulare darin, dass es contra tenorem rationis streitet. Dazu sagt Regelsberger[1]): „S. C. Vellejanum streite contra tenorem rationis, dagegen ginge z. B. das Soldatentestament nicht dagegen an, dennoch würden beide dem jus singulare zugezählt!“

Wie aus der graphischen Darstellung ersichtlich ist, ist das jus singulare gleich dem jus commune unter dem höheren Begriff des jus generale vereint; es ist wie dieses allgemeiner Natur und ein Bestandteil des in abstracto normierenden Rechts. Die innere Veranlassung der Durchbrechung des konsequenten jus commune durch das jus singulare liegt in der Verschiedenheit der Natur des letzteren. Diese weicht von den strengen Forderungen des Rechtsbegriffes ab. Die utilitas, necessitas und aequitas werden hier durch Rücksichten auf Religion, Sittlichkeit, Gemeinwohl usw. beeinflusst; früher waren oft Missgunst und Neid gegen gewisse Personenklassen die Gründe zu der Beeinflussung. Hufeland[2]) sagt zur Normierung des jus singulare: „Wenn für Vormundschaften, Bürgen, Minderjährige und andere Klassen von Personen und Rechtsgeschäften etwas festgesetzt wird, so geht dies keine kleine Zahl von Menschen an, sondern alle, die zu diesem Stande gehören und in diese Verhältnisse treten. Es ist auch nicht an einzelne bestimmte Menschen bekannt zu machen, sondern es kann nicht anders als in allgemeinen Gesetzen sich finden, die an alle Untertanen kundgemacht sind, damit jeder, der in jenen Ständen oder Verhältnissen ist oder mit solchen zusammentrifft, sie kenne und befolgt[3])!“ Das jus singulare schafft wie das jus commune Rechte genereller Natur, es schafft sie aber nur für gewisse Personenklassen. Das jus singulare verhält sich zum jus commune

---

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 126.

[2]) Hufeland a. a. O. S. 220.

[3]) Der Richter muss also das jus singulare ebenso kennen wie das jus commune; vergl. hierzu Unger, Österr. Priv.-Recht Bd. I S. 51.

wie die Ausnahme zur Regel. Einen tieferen Unterschied zwischen beiden Rechten gibt es nicht.[1])

Das jus singulare kann für die betreffenden Klassen eine Bevorzugung oder eine Zurücksetzung begründen. Jedenfalls muss die Ausnahme positiver Natur sein. Savigny[2]) nennt es deshalb jus constitutum. Enthält die Ausnahmebestimmung eine Bevorzugung, so spricht man vom Privilegium im weiteren Sinne, ebenso heisst die durch die Ausnahmebestimmung hervorgerufene günstige Lage selbst Privilegium im weiteren Sinne. Lasten und Beschränkungen schaffend, nennt man das jus singulare nicht Privilegium[3]).

Die Vorrechte der Abgeordneten, die Befreiungen der Beamten von den Gemeindesteuern, die Privilegien der Minderjährigen, die Konkursprivilegien und andere[4]) gehören dem jus singulare an und sind Privilegien im weiteren Sinne.

Paulus und andere römische Juristen behaupten, dass das jus singulare sich nicht zur analogen Anwendung eigne. Dagegen sagt Dernburg[5]), auf Sonderrechte, die ihren besonderen rationellen Grund haben, sei dieses nicht zu beziehen. So hätten beispielsweise die Römer das Sonderrecht des S. C. Vellejanum, wonach Frauen für Schulden Dritter nicht eintreten sollen, nach seiner besonderen ratio weit über dessen Worte hinausgehend ausgebildet. Jedenfalls kommt es vor, dass sich neue Rechtsgedanken zuerst im jus singulare geltend machen und dann ein älteres Prinzip durch Ausnahmen durchbrechen, bis schliesslich das, was Ausnahme war, zur Regel wird[6]).

[1]) So Regelsberger a. a. O. S. 127 u. a.

[2]) Savigny a. a. O. Bd. I S. 61 Note 9.

[3]) So Unger, Gierke, Regelsberger u. a. Windscheid Pandektenrecht S. 105 Note 4 sagt: „Der deutsche Ausdruck ‚Privilegium' kann in diesem Sinne ganz entschieden nicht gebraucht werden".

[4]) Dem Apotheker steht nach K. O. § 61 das sog. Konkursprivilegium zu. Nach G. V. G. § 35 bezw. § 85 hat der Apotheker in bestimmten Fällen ein Ablehnungsrecht, wenn er als Schöffe oder Geschworener fungieren soll. Auch dieses gehört hierher.

[5]) Dernburg, Pandekten S. 74, auch Windscheid u. a.

[6]) Dernburg, Pandekten S. 73.

Da das jus singulare, ebenso wie das jus commune, Rechte genereller Natur schafft, so ist es mit diesem zusammen zu behandeln; mit dem jus speciale, dem eigentlichen Privilegium, hat es „begrifflich“ nichts gemein. Deshalb hat auch die heutige Wissenschaft mit Recht das jus singulare aus der Privilegienlehre ausgeschieden. Ganz unbeachtet darf aber das jus singulare für unser Recht nicht bleiben, wir werden im Abschnitt III Kap. 1 § 2 sehen, dass durch die frühere Verquickung beider Rechte die Scheidung derselben oft grosse Schwierigkeiten hervorgerufen hat, dass auch in der Tat das jus speziale öfter in das jus singulare übergegangen ist.

Kapitel 3.

Das Privilegium im engeren Sinne (eigentliches Privilegium).

Der ursprüngliche Rechtsbegriff „*privilegium*,“ das *privilegium* des Zwölftafelgesetzes, hat sowohl durch die römischen als auch später durch die deutschen Juristen wesentliche Änderungen erfahren. Nach Laband[1]) liegt ein *privilegium* im echten und ursprünglichen Sinne des Wortes, eine wahre und wirkliche lex specialis dann vor, wenn für einen einzelnen konkreten Fall ein Rechtssatz angeordnet wird oder eine sonst geltende allgemeine Rechtsregel abgeändert wird, ohne dass zugleich eine subjektive Berechtigung oder Begünstigung begründet wird. — In der Kaiserzeit wurden *privilegia* mit subjektiver Berechtigung, die sog. constitutiones personales verliehen, die-

[1]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches A. 1 Bd. II § 65. (In den späteren Auflagen behandelt Laband die Privilegien nicht mehr. Der Verfasser.)

selben waren höchstpersönliche Rechte und gingen mit der Person unter. Diese *privilegia* genügten den Römern nicht, deshalb wurden die Rechte als jura realia an eine unbewegliche Sache geknüpft. Die Sache wurde Trägerin des Rechts und der jedesmalige Eigentümer wurde Subjekt des Rechts. Auf diese Weise hatten die *privilegia* einen dauernden Bestand erhalten. L. 1 § 43 D. 43, 20 de aqua quotidiana et aestiva heisst es: . . . *et datur interdum praediis, interdum personis; quod praediis datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis cum personis amittitur; ideoque neque ad alium dominum praediorum, neque ad heredem, vel qualemcunque successorem transit!* L. 3 § 1 D. 50, 15 de censibus heisst es: . . . *quippe personis quidem data immunitas cum persona extinguitur, rebus numquam extinguitur!*

In Deutschland bildete die Grundlage der mittelalterlichen Staatsverfassung das Lehnrecht; das deutsche Recht kannte Lehen an körperlichen Sachen, wie Landgütern Gebäuden usw. und auch an beweglichen, dauernd nutzbaren Sachen, die sog. feuda impropria. Beide waren auf die männlichen Abkömmlinge vererblich. Unter Einfluss des römischen Rechts formten nun die deutschen Juristen den römisch-rechtlichen Begiff „*privilegium*“ der Kaiserzeit, die constitio personalis, unter Anlehnung an das Lehnrecht zu einem deutsch-rechtlichen Begriff „Privilegium“, indem sie die einer Person verliehenen Rechte erst vererblich und bald darauf veräusserlich machten. Das höchstpersönliche Privilegium der Römer rezipierten sie ebenfalls und später fanden auch die römischen Realrechte Aufnahme in Deutschland. Das deutsche Recht unterscheidet demnach die höchstpersönlichen Privilegien, die persönlichen Privilegien und die Realprivilegien. Die Rechte aus den höchstpersönlichen Privilegien, die jura personalissima, gehen mit der beliehenen Person unter; die jura personalia der persönlichen Privilegien können vererbt und veräussert werden und die jura realia der Realprivilegien sind dadurch, dass sie mit einer unbeweglichen Sache verknüpft sind, von dauerndem

Bestand[1]). Die letzteren beiden werden auch als subjektiv-persönliche und als subjektiv-dingliche Rechte geschieden.

Durch das eigentliche Privilegium normiert der Gesetzgeber ein Gesetz, das nur für einen bestimmten Fall Geltung hat. Dieses Gesetz, die lex specialis, bestimmt individualisierend das Rechtssubjekt und für dieses Rechtssubjekt wird in der Norm und durch die Norm ein ganz bestimmtes Rechtsverhältnis geschaffen. In diesem konkreten Rechtsverhältnis erschöpft sich das Einzelgesetz. Der Träger des Rechtssatzes, das Privilegium im objektiven Sinne, ist eine Urkunde, die zugleich als Nachweis für das subjektive Recht, das Privilegium im subjektiven Sinne, dient Gierke[2]) sagt dazu: „Rechtssatz und Rechtsverhältnis decken sich. Dieses findet auch seinen Ausdruck im Sprachgebrauch, indem sowohl Rechtssatz wie Rechtsverhältnis mit dem Namen Privilegium benannt werden!“

Da das Einzelgesetz sich nur auf eine Person bezieht und da bei demselben Norm und Recht untrennbar sind, so ist die Norm auch nicht dem allgemeinen Gesetzbuch entnehmbar und dieselbe muss, selbst wenn sie verkündet ist, dem Richter von den Parteien nachgewiesen werden.

In der Regel bezieht sich das Einzelgesetz auf eine Person, seltener auf eine Sache oder auf ein Rechtsverhältnis. Es kann sich die individuelle Bestimmung aber auch auf eine Mehrheit von solchen erstrecken. Hufeland[3]) sagt dazu: „Alles, das für einzelne Menschen, für einzelne Fälle oder auch für kleinere, aber untereinander verbundene Menschenkreise, seyen dies Familien, Gesellschaften oder Gemeinheiten festgesetzt wird. Es muss aber an sie unmittelbar gerichtet oder erklärt werden!“ Es ist also die Legitimierung mehrerer Kinder durch ein Einzelgesetz, die Privilegierung einer Familie, einer Gemeinde usw. möglich.

---

[1]) Die Eigenheiten der Realprivilegien sind unten in Absch. IV Kap. 5 § 2 besonders behandelt.

[2]) Gierke a. a. O. Bd. I S. 302.

[3]) Hufeland a. a. O. S. 220.

In den meisten Fällen erzeugt die lex specialis die rechtliche Ausnahmestellung durch Durchbrechung eines allgemeinen Rechtssatzes, dieses ist aber nicht begrifflich für dieselbe, sie ist wohl, ohne dass eine allgemeine Rechtsregel abgeändert wird, denkbar[1]).

Die rechtliche Eigenart des Privilegiums im Gegensatz zu der der allgemeinen Gesetze wird gewöhnlich folgendermassen skizziert: „Die Rechtsverhältnisse werden durch den Individualrechtssatz direkt hervorgerufen, während die allgemeinen Rechtssätze gewöhnlich Regeln aufstellen, nach welchen die Rechte durch entsprechende juristische Tatsachen entstehen[2])"! Regelsberger[3]) sagt: „Zuweilen wird aber ein Rechtssatz für einen oder mehrere individuell bestimmte Tatbestände geschaffen. Der Umstand, dass der Individualrechtssatz einem individuellen Tatbestande angepasst ist, nähert ihn dem Rechtsgeschäft und dem richterlichen Urteil!"

Deutlich tritt diese Eigenart des Privilegiums bei einem Vergleich der Rechtsentwicklung des jus speciale mit der des jus commune, wie sie oben in der Theorie der Privilegien ausgeführt ist, hervor. Die in jedem Rechtssatz schlummernden konkreten Normen werden beim jus speciale nicht wie beim jus commune durch die Rechtsanwendung geweckt. Bei der Privilegierung übergeht die Rechtsordnung den menschlichen Willen, sie knüpft die Rechtsfolgen nicht an von Menschen geschaffene Tatbestände, auch nicht an Ereignisse wie Tod, Geburt, Zeitablauf u. a., sondern sie konkretisiert selbst. Das heisst: Die Rechtsordnung bestimmt selbst das Rechtssubjekt und

[1]) Laband a. a. O. Bd. II § 65 führt das Gesetz vom 24. XII. 1874 über die geschäftliche Behandlung der Entwürfe des Gerichtsverfassungsgesetzes und der beiden Prozessordnungen an. Regelsberger a. a. O. Bd. I S. 123 sagt: Ein Gesetz, welches den Zweck einer Stiftung abändert streitet nicht contra legem generalem.

[2]) So Beseler, Dernburg u. a. Dernburg betont noch, dass die Privilegien Staatsakte sind, die unmittelbar Rechte im subjektiven Sinne begründen.

[3]) Regelsberger a. a. O. S. 121 ff.

schafft ein Rechtsverhältnis für einen bestimmten Fall, indem sie ein Recht aus ihrem Machtbereich aussondert und es unmittelbar dem Rechtssubjekt zu eigen gibt. Hierbei lehnt die Rechtsordnung oft an einen Zustand an, in dem sich das zu privilegierende Rechtssubjekt befindet; auf diesen Zustand, der an und für sich rechtlich irrelevant ist, bezieht die Rechtsordnung das Recht. Diese Bezugnahme findet sich besonders bei den Gewerbeprivilegien. Vergl. hierzu oben Absch. IV Kap. 2 § 3.

Da die Rechtsordnung das Rechtssubjekt selbst auswählt, bestimmt sie auch, ob eine Veränderung desselben stattfinden darf; sie bestimmt das Rechtsverhältnis selbst, sie schliesst zugleich Konstituierung und Restituierung aus. Die Rechtsordnung übernimmt also bei der Privilegierung Funktionen privater Natur mit der Folge, dass das subjektive Recht durch sie unmittelbar hervorgebracht wird, welches sonst mittelbar durch die Handlung der Parteien erzeugt wird[1]). Der Rechtstitel ist hier nicht ein Tatbestand, sondern die lex specialis selbst ist der Rechtstitel.

Diese intensive Wirkung der Rechtsordnung auf die Schaffung des Rechtsverhältnisses, der Umstand, dass die Rechtsordnung durch das Einzelgesetz rechtswirksam ordnet, erklärt auch die Tatsache, dass die Entstehung, der Untergang, die Gültigkeit, eine Anfechtung und ein Widerruf der Privilegien in das öffentliche Recht gehören.

Das subjektive Recht, welches anf diese Weise lege oder genauer gesagt priva lege entsteht, ist ein gesetzliches Recht, ein Privilegialrecht. Das Recht gilt als wohlerworbenes, als jus quaesitum, d. h. als ein auf einen besonderen Rechtstitel begründetes Recht[2]). Im übrigen

[1]) Oertmann, Bayr. Priv.-Recht S. 26 sagt: „Das Besondere der Privilegien besteht im Grunde nur darin, dass der abstrakte Rechtssatz alle die Wirkungen, die sonst an eine besondere konkrete Entstehungstatsache gebunden werden, unmittelbar selbst zur Entstehung bringt."

[2]) Gierke a. a. O. Bd. I S. 192 sagt: jura quaesita sind solche Rechte, die dem gesetzgeberischen Eingriff grundsätzlich entzogen sind. Unger a. a. O. Bd. I S. 149: Neue Gesetze über Erwerb, Umfang, Ausübung und Erlöschen der Privilegien wirken nur auf erworbene Privilegien zurück,

gilt von den Privilegialrechten der Satz: Sie folgen den Eigenheiten des Privilegienrechts; wo dieses keine Sonderbestimmungen gibt, folgen sie derjenigen Klasse von Rechten, der sie angehören.

Heute nennt man oft noch ein Rechtsinstitut eigentliches Privilegium, welches obigen Anforderungen nicht entspricht und das ein Mittelding zwischen jus speciale und jus singulare ist. Dasselbe kommt auf folgende Weise zustande: Das subjektive Recht wird durch ein staatliches Organ, welches entweder die Macht objektives Recht zu schaffen nicht hat oder es in diesem Fall nicht will, auf Grund einer allgemeinen ihn dazu berechtigenden Rechtsregel geschaffen. Die Rechtsnorm ist eine Rechtsregel des Inhalts, dass alle Personen, Sachen oder Rechtsverhältnisse eine günstige Ausnahmestellung haben sollen, die von einem gewissen staatlichen Organ bezeichnet werden. Der Rechtssatz ist kein Einzelgesetz, er ist nicht eigens für individuell bestimmte Personen, Sachen oder Rechtsverhältnisse geschaffen, er erschöpft sich nicht in einem Fall; er gleicht in dieser Beziehung dem Rechtssatz des jus singulare, er ist auch, wie dieser, aus dem allgemeinen Gesetzbuch zu entnehmen. Er unterscheidet sich aber wieder dadurch von der singulären Norm, dass die Ausnahmestellung nicht von einer bestimmten Eigenschaft des Rechtssubjekts abhängig gemacht wird, sondern von der Bezeichnung durch ein staatliches Organ. Die staatliche Behörde bestimmt das Rechtssubjekt individuell, nicht ein Individualrechtssatz, wie es beim eigentlichen Privilegium der Fall sein muss. Rechtssatz und Rechtsverhältnis decken sich nicht[1]). Wir werden unten[2]) sehen, dass diese Rechts-

wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Vergl. hierzu unten Abschnitt III Kap. 4 § 1.

[1]) Windscheid Pandekten Bd. I S. 600 zählt auch diese Rechtsinstitute zu den Privilegien. Er teilt die Privilegien in zwei Klassen: solche die durch einen Akt der Gesetzgebung und solche die durch eine staatliche Verleihung, die ein Gesetzgebungsakt nicht ist, gegeben sind. Er sagt: „In diesem Fall ist der dem Privilegium zu Grunde liegende und ihm seine rechtliche Existenz sichernde Rechtssatz eine Rechtsregel!"

[2]) Vergl. dazu unten S. 70f.

gebilde ganz aus der Lehre von den Privilegien auszuscheiden sind.

Die meisten eigentlichen Privilegien wurden aus politischen, ökonomischen oder sittlichen Gründen erteilt. In der Zeit aber, als sich die ganze gesetzgebende Gewalt in der Person des Landesherrn konzentrierte, waren die Privilegien sehr oft die Rechtstitel für Bevorzugungen, Gnaden und Belohnungen geworden. War der Willkür im Erteilen von Wohltaten hier ein grosses, oft Misstimmungen und Neid erzeugendes Feld erwachsen, so wäre diese Handhabung unerträglich geworden, wenn der Gesetzgeber durch Privilegien auch hätte Strafen, Güterentziehungen usw. verfügen können. Dieses erkannten schon die Römer, als sie den Satz *„privilegia ne irroganto"* aufstellten. So war es und ist es noch heute die allgemeine Ansicht, dass das Privilegium nichts Nachteiliges für eine Person schaffen dürfe; es soll nur Begünstigungen setzen[1]). Es werden dem Beliehenen allerdings auch oft Verbindlichkeiten auferlegt; dieser Umstand ändert aber nichts an dem Begriff Begünstigung[2]).

Dem Gegenstande nach kann ein Privilegium bestehen[3]):

1. In der Verleihung eines Rechts, welches seiner Natur nach oder nach dem positiven Staatsrecht nur kraft

---

[1]) So auch die preussische Verfassungsurkunde Art. 4. Dernburg führt im preussischen Privatrecht S. 43 Anm. 2 ein privilegium odiosum an und bemerkt dazu, dass dieses durch den Kriegszustand der davon Betroffenen gerechtfertigt sei. Es handelt sich um das gegen den König von Hannover und den Kurfürsten von Hessen erlassene Privilegium, durch welches deren Vermögen mit Beschlag belegt wurden.

[2]) Laband führt ein Beispiel an, in dem eine so auferlegte Verbindlichkeit besonders hervortritt, aber in welchem die Begünstigung doch unverkennbar ist. Es ist das Gesetz vom 11. IV. 1877 über den Sitz des Reichsgerichts. Sachsen wird im § 1 desselben die im § 8 des E. G. zur Gerichtsverfassung anerkannte Rechtsbefugnis der Einzelstaaten zur Errichtung eines obersten Landgerichts entzogen, andererseits wird ihm der Sitz des Reichsgerichts in Leipzig zugesprochen (ein sog. privilegium onerosum.)

[3]) Diese Einteilung wird von Zachariae, deutsches Staats- und Bundesrecht 3 A. Teil 2. S. 191 gebracht, ebenso von v. Rönne u. a.

einer solchen Verleihung von einer Privatperson ausgeübt werden kann. — Verleihung von Hoheitsrechten.

2. In der dauernden Befreiung einer Person von gewissen öffentlichen Lasten (Steuern, Diensten) oder in der Exemtion derselben von einer die Regel bildenden Staatseinrichtung (z. B. privilegierter Gerichtsstand).

3. In der Anerkennung einer (entweder absolut oder im Verhältnis zu allen nicht auf gleiche Weise Privilegierten) ausschliesslichen Befugnis zur Vornahme von Handlungen, welche ausserdem als Ausfluss der natürlichen Freiheit einem jeden zustehen würde. (Gewerbs-Handelsprivilegien und Monopole).

4. In der Zusicherung eines besonderen Schutzes gegen mögliche Beeinträchtigungen und Verfolgungen, welche die allgemeinen Gesetze entweder gar nicht, oder doch nicht in diesem Umfange verbieten oder vielleicht selbst gestatten. (Erfindungspatente, Privilegien gegen Nachdruck u. a.)

Die Hoheitsrechte zu 1 können wieder zum Gegenstand die Rechte zu 3 haben, so die Verleihung des Rechts an Städte, Gewerbs- und Handelsprivilegien, wie Monopole zu erteilen. Hier handelt es sich um den Ausfluss einer den Gemeinden zustehenden Autonomie.[1]) Es wurden aber auch durch die Städte Privilegien kraft Delegation[2]) im Auftrage des Kaisers oder der Landesherrn erteilt.

Diese Einteilung ist hier wiedergegeben, weil sie das ganze Feld der Privilegien in erschöpfender Weise umfasst; in Bezug auf die Gewerbeprivilegien kann ich der hier wiedergegebenen Ansicht nicht folgen[3]).

Das eigentliche Privilegium wird für ein positives Recht niemals ganz entbehrt werden können. Trotz der Bestrebungen, es möglichst einzuschränken, wird es stets Verhältnisse geben, die nur durch Individualrechtssätze normiert werden können. Die Privilegien gehörten vor-

---

[1])[2]) vergl. unten Abschnitt III Kapitel 2 § 1 I. „Die Privilegiengewalt".

[3]) vergl. unten Absch. IV Kapitel 2.

wiegend dem Mittelalter an, in welchem der allgemeine Rechtssatz nicht in vollem Umfang Fuss fassen konnte. Die individuelle Verschiedenheit, das Besondere, das Gewerbemonopol wurde durch die Privilegien berücksichtigt. Im Gegensatz hierzu hat die neuere Zeit die Tendenz die Gleichheit der Rechtssubjekte anzuerkennen und zwar durch allgemeine Gesetze. So werden Gewerbe- und Handelsprivilegien heute nicht mehr verliehen. Viele Privilegien des älteren Rechts wurden beseitigt; andere, die in grosser Anzahl für viele Fälle verliehen waren, sind zu allgemeinen Gesetzen erhoben worden, wie z. B. die Privilegien gegen Nachdruck, Erfinderprivilegien u. a.

Abschnitt III.

Die Apothekenprivilegien
(Allgemeiner Teil).

Kapitel 1.

Begriff und Natur.

§ 1. Die Begriffe Apotheker und Apotheke.

Der geschichtliche Überblick zeigt uns, dass das Interesse des Allgemeinwohls schon früh nach einer gesetzlichen Regelung des Arzneimittelhandels verlangte; aus dieser ist dann die Apotheke als festbegrenzte, gesetzlich anerkannte Einrichtung hervorgegangen. Vor dieser Regelung haben aber bereits Gewerbetreibende den Arzneimittelhandel betrieben und diese gelten als die Vorgänger der Apotheker, soweit das Gewerbe in Betracht kommt. Die Notwendigkeit die Arzneimittelhändler für ihren Beruf gründlich auszubilden ist früh erkannt worden, feste Form hat die Ausbildung erst mit der Trennung der Medizin und der Pharmazie angenommen. Die obenerwähnte Verordnung Friedrichs II. vom Jahre 1241 ist der Grundstein geworden, auf dem im Lauf der Jahre eine Anzahl neuer Gesetze, sogenannte Medizinal- und Apothekerordnungen[1]), aufgebaut wurden. Friedrich verlangte eine Prüfung der Apotheker vor der medizinischen Fakultät. In den späteren Verordnungen, die meistens Betriebsordnungen und Taxen für die Apotheker mit enthielten, von den Städten herausgegeben waren und auch nur für diese Giltigkeit hatten, wurde die Ausbildung

[1]) Über das Wesen der Apothekerordnungen vergl. oben Seite 53.

wieder vernachlässigt, aber grosser Wert auf eine Vereidigung gelegt. Die erste Verordnung, in der von neuem eine bestimmte Ausbildung verlangt wurde, wurde im Jahre 1555 von der Stadt Nürnberg herausgegeben[1]). Diesbezügliche Landesverordnungen waren die ersten die für Sachsen-Koburg 1609 und die später vorbildlich gewordene hessische Medizinalordnung von 1617. In Erfurt standen 1634 die Apotheker unter Aufsicht der medizinischen Fakultät. Würzburg bekam 1660 eine bischöfliche Prüfungsordnung für Apotheker. Auf Grundlage der hessischen Verordnung ist das Preussische und Kurfürstlich-Brandenburgische Medizinaledikt Friedrich-Wilhelms vom 12. Sept. 1685 aufgebaut, das zum ersten Mal eine Medizinalverfassung gibt. Im § 12 desselben heisst es: „Die neu ankommenden Apotheker und Provisoren haben sich einem Examen vor dem Collegium medicum zu unterziehen und ihre Zensur und Approbation zu gewärtigen!“ Auch die Vorbildung wird hier geordnet. Bald finden wir überall entsprechende Landesgesetze. Bayern verlangte 1756 eine Approbation der Apotheker.[2])

In den ersten Privilegien wird eine Ausbildung des Apothekers nicht erwähnt. Erst im siebzehnten Jahrhundert finden sich Bemerkungen in den Privilegien, die darauf schliessen lassen, dass der Verleiher besorgt war, nur an solche Personen das Privilegium zu geben, die die Apothekerkunst verstanden. Später finden sich in denselben Hinweise auf eine bestandene Prüfung, oft musste der Beliehene nach der Eröffnung der Apotheke sich noch einer Prüfung

[1]) Nach derselben sollten die Apotheker geprüft sein, sich aus den Büchern gelehrter Leute unterrichten und sich von den Ärzten die lateinische Schrift übersetzen lassen. Berendes a. a. O. S. 138.

[2]) v. Seydel, Bayr. Staatsrecht Bd. I S. 149 erwähnt die seit 1756 in Bayern verlangte Prüfung der Apotheker und die jährliche Visitation der Apotheken in den Städten und Märkten. Ebenda S. 159. Die Reorganisation des Collegium medicum 1785. In der betreffenden Verordnung wird nachdrücklich verboten, einen neuen Apotheker im Lande aufzunehmen oder zu gedulden, dieselben hätten sich denn vorher angemeldet, seien geprüft und mit einer Approbationsurkunde versehen worden.

unterziehen. Zu Ende des achtzehnten Jahrhunderts war eine voraufgegangene Prüfung überall die Bedingung zum Betrieb des Apothekergewerbes. Im Anfang des neunzehnten Jahrhunderts haben fast alle Staaten die alten Medizinaledikte einer gründlichen Revision unterzogen, diese hatten Geltung bis die Reichsgewerbeordnung auch hier eine einheitliche Regelung geschaffen hat.

Im § 29 derselben heisst es: „Einer Approbation, welche auf Grund eines Nachweises der Befähigung erteilt wird, bedürfen Apotheker und diejenigen Personen, welche sich als Ärzte bezeichnen.“ Die Gewerbeordnung gebraucht den Ausdruck Approbation nur für den Befähigungsnachweis der Apotheker und Ärzte, sonst spricht sie von Befähigungs- und Prüfungszeugnissen.

Unter Approbation wird in der Wissenschaft des deutschen Verwaltungsrechts ein amtlicher Befähigungsnachweis verstanden, dessen Besitz zur Ausübung bestimmter Berufsarten erforderlich ist. Georg Meyer[1]) nennt die Approbationen Konzessionen[2]) im weiteren Sinne. Löning[3]) sagt: „Die Approbation ist von der Konzession oder Genehmigung zu unterscheiden. Soweit eine Konzession von der Gewerbeordnung für bestimmte Gewerbe vorgeschrieben ist, ist sie erforderlich zur Eröffnung und zum Betrieb eines einzelnen gewerblichen Unternehmens z. B. Gast- und Schankwirtschaft. Sie verliert demgemäss mit der Aufgabe des gewerblichen Unternehmens durch den Inhaber ihre Wirkung. Die Approbation ist dagegen die amtliche Erklärung, dass derjenige, dem sie erteilt wird, befähigt ist, den Beruf oder das Gewerbe überhaupt auszuüben. Sie kann deshalb nur erteilt werden, wenn der Nachweis der Befähigung in der durch das Gesetz oder eine Verordnung vorgeschriebenen Weise erbracht ist und muss unter dieser Voraussetzung erteilt werden. Sie bezieht sich nicht auf den Betrieb eines

[1]) G. Meyer, Lehrbuch des deutsch. Verw. Rechts S. 427.

[2]) Zur eigentlichen Bedeutung des Ausdrucks Konzession vergl. Absch. III Kap. 2 § 1. IV.

[3]) In Conrads Jahrbüchern. Bd. I S. 573.

einzelnen Unternehmens, für das ausserdem noch Konzession erforderlich sein kann.“ Die Approbation kann nach § 53 der Gewerbeordnung nur zurückgenommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf Grund deren solche erteilt worden ist, oder wenn dem Inhaber die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, in diesem Fall jedoch nur für die Dauer des Ehrenverlustes. (R. Str. G. B. §§ 31—37.)

Wie schon gesagt, wird der Ausdruck Approbation nur in bezug auf Apotheker und Ärzte in der Gewerbeordnung gebraucht. Die Tätigkeit des Arztes wird aber nicht als Gewerbe angesehen[1]), also kommt die Approbation hinsichtlich der Ausübung des Gewerbes lediglich beim Apothekergewerbe in Betracht. Zur Ausübung des Apothekergewerbes ist reichsgesetzliche Voraussetzung die pharmazeutische Approbation, landesgesetzliche Voraussetzung die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb. Für Beruf und Gewerbe gilt also der Satz: „Zur Ausübung des Apothekerberufes befähigt und befugt die Approbation; zur Ausübung des Apothekergewerbes befähigt die Approbation, befugt aber die Erlaubnis.“

Die näheren Vorschriften über Erteilung der Approbationen erlässt der Bundesrat. Die Erteilung der pharmazeutischen Approbation ist von einem Nachweis praktischer und wissenschaftlicher Ausbildung[2]) abhängig, ebenso werden bestimmte Anforderungen an die moralische Quali-

---

[1]) Diese Ansicht wird bestritten. In der Überschrift der §§ 29 ff. der G.O. heisst es auch: „Gewerbetreibende, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen.“ Dazu zählen auch die Ärzte. Aber sowohl preussische wie bayrische Gerichte haben die Gewerbeeigenschaft des ärztlichen Berufes verneint.

[2]) Für Mature fünfjährige Praxis und zweijähriges Studium, für Inhaber des Primanerzeugnisses sechsjährige Praxis und zweijähriges Studium. Oberrealschüler müssen die Kenntnisse in der lateinischen Sprache nachweisen, welche für die Versetzung nach der Obersekunda eines Realgymnasiums erforderlich sind. Die zwei bezw. dreijährige Lehrzeit wird durch ein Vorexamen, das Studium durch die sog. Hauptprüfung abgeschlossen.

fikation des Bewerbers gestellt[1]). Die Approbationen werden von den Zentralbehörden derjenigen Bundesstaaten, welche eine oder mehrere Landesuniversitäten haben, dann von dem Herzoglich-Braunschweigischen Staatsministerium und dem Ministerium von Elsass-Lothringen erteilt. Sie gelten für das Reichsgebiet. Im Jahre 1904, als der Bundesrat die Vorschriften zur Erlangung der pharmazeutischen Approbation neu aufstellte, wurde auch der Wortlaut der Approbation geändert. Vorher lautete dieselbe: „Die Approbation zum selbstständigen Betriebe einer Apotheke im Gebiet des deutschen Reiches wird erteilt", jetzt lautet sie: „Die Approbation als Apotheker für das Gebiet des deutschen Reiches wird erteilt". Löning bemerkt zur Approbation vor dem Jahre 1904: „Die Bezeichnung „Apotheker" sich beizulegen ist nicht von dem Erwerb der Approbation abhängig. Die Führung dieser Bezeichnung kann auch einer approbierten Person, welche nicht in dem Besitz einer Apotheke ist, durch die Polizeibehörde untersagt werden, wenn dadurch die Täuschung des Publikums verursacht werden kann, als betriebe die betreffende Person eine Apotheke". Diesen Standpunkt haben s. Zt. das bayerische Oberlandesgericht, das preussische Oberverwaltungsgericht u. a. in ihren Entscheidungen auch ausnahmslos vertreten.[2]) Eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 8. Juni 1905 führt dagegen schon aus: „Wer die Approbation als Apotheker erhalten habe, sei an sich auch befugt, sich als Apotheker zu bezeichnen; doch dürfe ein Drogenhändler hiervon nicht in einer Weise Gebrauch machen, die geeignet erscheine, bei dem weniger gebildeten Publikum den Irrtum hervorzurufen, die Drogenhandlung sei eine Apotheke". Ich schliesse mich der hier ausgesprochenen Meinung an. Heute erhält der approbierte

[1]) Prüfungsordnung für die Apotheker vom 18. Mai 1904. § 2 Abs. 3.

[2]) In Bayern ist eine Strafeinschreitung auf Grund des § 9 der Allerh. V.O vom 15. III. 1901 gegeben; in Preussen auf Grund des § 10 Th. II Titel 17 A. L. R., ähnlich in anderen Bundesstaaten. Nicht anwendbar ist der § 360 Ziffer 8 des Strafgesetzbuches.

Pharmazeut die Bezeichnung Apotheker durch die Approbation [1]).

Diese Bezeichnung ist zwar reichsgesetzlich nicht geschützt. Der § 147 Abs. 3 der Gewerbeordnung bezieht sich nur auf die Bezeichnung Arzt. Die ärztliche Approbation gleicht aber wörtlich der Approbation als Apotheker [2]). Der Arzt bekommt die Bezeichnung Arzt durch die Approbation [3]), weshalb soll der approbierte Pharmazeut durch eine wörtlich ebenso abgefasste Approbation nicht die Bezeichnung Apotheker bekommen? Durch die Textänderung in der Approbationsurkunde ist also hier eine Änderung eingetreten. Demnach ist heute im reichsgesetzlichen Sinne Apotheker die Person, welche die Approbation als Apotheker besitzt; im landesgesetzlichen Sinne, das heisst hier in bezug auf den Gewerbebetrieb, ist Apotheker die Person, welche die Approbation als Apotheker und die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb hat.

Der Zulassung von Frauen steht die Gewerbeordnung nicht entgegen. Im Jahre 1899 hat der Bundesrat die Prüfungsvorschriften so gefasst, dass Frauen den Apothekerberuf unter denselben Bedingungen ergreifen können wie Männer. Es gibt also auch Apothekerinnen.

Der Begriff „Apotheke“ ist weder in der Gewerbeordnung noch in irgendwelchen anderen Reichsgesetzen definiert, ebenso fehlt eine Defination in den Landesgesetzen, denen die Errichtung und Verlegung der Apotheken, wie die Abgrenzung der gewerblichen Tätigkeit der Apotheker im allgemeinen überlassen ist. L. Jolly stellt in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungs-

---

[1]) Die Behörden schwanken in der Bezeichnung. So gebrauchte das bayr. Bezirksamt Weilheim bei Ausschreibung einer Apotheke die Bezeichnung „Apotheker“ (21. Sept. 1910), das Bezirksamt Garmisch „approbierter Pharmazeut“. (20. Sept. 1911).

[2]) Vergl. unten Anhang B.

[3]) Im § 147,3 der G.-O. heisst es: „wer ohne approbiert zu sein, sich als Arzt bezeichnet, wird bestraft.“ Also berechtigt die Approbation zur Führung der Bezeichnung Arzt.

rechts[1]) folgende Definition auf: „Apotheken sind gewerbliche Unternehmungen für die Herstellung und den Kleinverkauf von Arzneien!“ Rapmund hat in der neuesten Auflage desselben Werkes[2]) diese Definition folgendermassen abgeändert: „Die Apotheken sind gewerbliche Anstalten zur Herstellung und zur Abgabe von Arzneien und Arzneimitteln!“ Diese Definitionen befriedigen nicht. Der Ausdruck Anstalt ist irreführend. Das Verwaltungsrecht kennt öffentliche Anstalten und private Anstalten (Gewerbeordnung § 30). Die Apotheke gehört weder zu der einen, noch zu der anderen Kategorie[3]). Die Apotheke ist ein gewerbliches Unternehmen, soweit sie nicht im Dienst des Staates, eines Hofes, einer Gemeinde, der Kirche oder von Stiftungen steht und diese nicht als Gewerbetreibende auftreten. Der Begriff Kleinverkauf ist dehnbar und gesetzlich nicht festgelegt, auch ist den Apotheken der Grosshandel keineswegs untersagt. Die Ausdrücke Arznei und Arzneimittel erschöpfen die Gesetze nicht. Das Strafgesetzbuch gebraucht den Ausdruck Arznei[4]), die Gewerbeordnuug spricht von Apothekerwaren und die jetzt gültige kaiserliche Verordnung von Arzneimitteln[5]). Alle Arzneien, Apothekerwaren und Arzneimittel sind auch keineswegs den Apotheken vorbehalten. So heisst es in § 6 Abs. 2 der Gewerbeordnung: „Durch Kaiserliche Verordnung wird bestimmt, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind“. Die kaiserliche Verordnung wieder spricht von Arzneimitteln, die als Heilmittel[6]) ausserhalb der Apotheken nicht feilgehalten oder verkauft werden dürfen. Hieraus folgt, dass nicht alle gewerblichen Unternehmungen, die

[1]) 1. Auflage Bd. I Artikel „Apotheken“.

[2]) 2. Auflage Bd. I Artikel „Apotheken“.

[3]) Vergl. hierzu oben Seite 146 u. S. 164 Note 2.

[4]) Strafgesetzbuch des deutschen Reiches § 367. 3. 5.

[5]) Verord. betr. den Verkehr mit Arzneimitteln v. 22. X. 1901.

[6]) § 1a der in Note 2 genannten Verordnung heisst: „Dieser Bestimmung unterliegen von den bezeichneten Zubereitungen, soweit sie als Heilmittelfeil gehalten oder verkauft werden a) kosmetische Mittel u. s. w. . . . nur dann . . .“

Arzneien und Arzneimittel herstellen und im Kleinverkauf abgeben, Apotheken sind.

Auch das Wort Heilmittel genügt nicht, die gewerbliche Tätigkeit des Apothekers zu umgrenzen, da auch gewisse Heilmittel[1]) dem freien Verkehr überlassen sind. Die den Apotheken vorbehaltenen Heilmittel sind gesetzlich festgelegt. Vor allen Dingen aber lassen die angeführten Definitionen nicht erkennen, wodurch ein gewerbliches Unternehmen zur Apotheke wird? —

Ein, nach bestimmten gesetzlichen Vorschriften ausgestattetes, gewerbliches Unternehmen wird zu einer Apotheke, durch die dem Unternehmer, einem Apotheker, erteilte Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb[2]). Die Erlaubnis gilt nur für die Person des Unternehmers; sie erfasst aber gleichzeitig das Unternehmen, indem sie die Betriebsmittel prüft und billigt. Geht die Person unter oder verzichtet dieselbe auf die Erlaubnis, so erlischt die Erlaubnis, das gewerbliche Unternehmen ist keine Apotheke mehr; dasselbe tritt ein, wenn die Betriebsmittel, die einer dauernden staatlichen Aufsicht unterstehen, nicht genügen und die Erlaubnis deshalb zurückgenommen wird.[3])

Dementsprechend ist der Begriff Apotheke folgendermassen zu definieren: „Apotheke ist ein auf Grund einer persönlichen Erlaubnis von einem Apotheker betriebenes, unter staatlicher Aufsicht stehendes, gewerbliches Unternehmen zur Herstellung und zum Vertrieb gewisser, gesetzlich bestimmter Heilmittel."

In früheren Zeiten wurden die Apotheker aber mit besonderen Rechten ausgestattet, die eine dauernde Fortführung der Apotheken ermöglichten. So unterscheidet man denn heute im allgemeinen, wie im amtlichen Sprachgebrauch[4]):

[1]) Siehe Note 6 Seite 48.

[2]) In die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb ist der Handel mit Giften eingeschlossen.

[3]) Vergl. hierzu unten Seite 127 u. 128.

[4]) Diese Einteilung findet sich auch in der vom Preussischen Kultusministerium herausgegebenen Übersicht über die Apothekenverhältnisse in Preussen 1910.

1. Privilegierte Apotheken;
2. Konzessionierte veräusserliche Apotheken;
3. Konzessionierte unveräusserliche Apotheken[1]).

Die rechtliche Grundlage der privilegierten Apotheken, welche eine dauernde Fortführung dieser Apotheken ermöglicht und sie vererblich und veräusserlich gemacht hat, ist im folgenden näher zu behandeln.

§ 2. Die Natur der Apothekenprivilegien.

Man zählt im allgemeinen die Apothekenprivilegien zu den Gewerbeprivilegien, weil sie dem Inhaber eines solchen Privilegiums den Betrieb des Apothekergewerbes ermöglichen.

Es wurde bereits in der Definition des Begriffes „Apotheke" gesagt, dass die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb befugt, dann wurde weiter gesagt, dass durch das Privilegium dem Apotheker ein Recht verliehen ist, das den fortdauernden Betrieb der Apotheke ermöglicht. Es müssen also Erlaubnis und Apothekenprivilegialrecht streng auseinander gehalten werden. Das Wesen und die Wirkung beider wird unten im Abschnitt IV näher auseinander gesetzt werden. Hier ist zunächst festzustellen, zu welcher Art von oben erwähnten Privilegien die Apothekenprivilegien gehören.

Zuerst ist die Frage zu beantworten, ob sie dem jus singulare oder dem jus speciale zuzurechnen sind? Die charakteristischen Merkmale beider Rechte haben wir kennen gelernt, trotzdem ist die Unterscheidung oft recht schwer[2]).

---

[1]) Wir werden sehen, dass die sogenannten konzessionierten unveräusserlichen Apotheken nicht konzessioniert sind, sondern auf Grund einer polizeilichen Erlaubnis betrieben werden.

[2]) Das Reichsgericht hat öfters zu entscheiden gehabt, welche Art von Privilegien vorlagen? So z. B. R. Ger. E. IV No. 61. Gewähren der § 4,7 der Städteordnung vom 30. V. 1853 und der § 2 des Gesetzes vom 24. II. 1850 dem Fiskus ein Privilegium, auf Grund dessen er gemäss A. L. R. II. 14 § 79 über seine Befreiung von Kommunalsteuern rechtliches Gehör verlangen kann? Nur, wenn ein Privilegium im engeren Sinne vorliegt, kann der Kläger Gehör verlangen. Auch R. Ger. E. XVII No. 55 hatte zu entscheiden, welche Art von Privilegium vorlag? — Nur das Privilegium im engeren Sinne ermöglichte den Rechtsweg. Ähnlich Entscheidungen des Pr. O. V. G.

Wie wichtig dieselbe ist, erkennt man, wenn man sich vergegenwärtigt, dass das jus speciale unmittelbar subjektives Recht für eine individuell bestimmte Person, Sache oder für ein solches Rechtsverhältnis setzt, dass das jus singulare dagegen Rechte genereller Natur schafft, die erst wirksam werden, wenn das Rechtssubjekt bestimmte Eigenschaften besitzt.

Die Apothekenprivilegien gehören dem jus speciale an. Schon die individualisierende Form der Einzelurkunden spricht dafür, doch ist diese Form kein sicheres Zeichen. Wesentlich ist die Tatsache, dass die Apothekenprivilegien von Fall zu Fall an individuell bestimmte Personen verliehen sind. Die Apothekenprivilegien normieren nicht die Verhältnisse des Apothekerstandes mit Rücksicht auf die für denselben in Frage kommenden Besonderheiten und eigentümlichen Bedürfnisse im allgemeinen. Sonderbestimmungen stellen die Apothekenprivilegien allerdings auch auf, aber diese sind nicht in der ratio juris begründet und ersetzen auch nicht für den Apothekerstand irgendwelche Normen des jus commune. Wohl aber wird durch die Apothekenprivilegien die rechtliche Stellung der einzelnen Apotheker bezw. der einzelnen Apotheken zu regeln beabsichtigt und geregelt, ohne irgendwelche Bezugnahme auf den Stand der Apotheker oder auf die bestehenden Apotheken.

Bei den Apothekenprivilegien können wir die Beobachtung machen, wie das jus speciale scheinbar in das jus singulare übergeht. Nach Hinschius[1]) tritt ein solcher Übergang ein, wenn ein Privilegium im engeren Sinne, welches zunächst nur für bestimmte Personen oder Sachen gegeben ist, allmählich, z. B. wegen Gleichheit der obwaltenden Verhältnisse, auf eine immer grössere Anzahl von Personen oder Sachen derselben Art übertragen und nunmehr der Inhalt derselben lex specialis als die ganze Klasse umfassendes Recht festgestellt wird. Die Zwischenstufe in dieser Entwicklung bildet das Stadium, in welchem die Verleihung des Privilegs herkömmlicher Weise für alle

[1]) Hinschius a. a. O., Bd. III S. 806.

derselben Kategorie angehörigen Personen oder Sachen erfolgt, aber der Inhalt desselben noch nicht zum jus singulare für diese erhoben worden ist. Bis zu einem gewissen Grade vorgeschritten finden wir diese Erscheinung auch bei den Apothekenprivilegien. Der ganze Stand der das Apothekergewerbe Betreibenden war vor der Konzessionierung von Apotheken mit gleichen Rechten bedacht; die Verleihung der Privilegien erfolgte in herkömmlicher Weise für die das Apothekergewerbe treibenden Personen. Damals erschienen alle Apothekenbesitzer gleichberechtigt, heute erscheinen die privilegierten Apothekenbesitzer gleichberechtigt. Es ist aber nur scheinbar so, denn einerseits darf man hier nicht den Apothekerstand in Nichtbesitzer und Besitzer, diese wieder in privilegierte und nicht privilegierte Besitzer zerpflücken; anderseits sind die Rechte, wie wir später sehen werden, so verschieden geartet, dass es schon daraus ersichtlich ist, dass dieselben nicht auf ein gemeinsames Gesetz zurückzuführen sind. Das jus speciale ist hier nicht in das jus singulare übergegangen, der formelle Unterschied beider Rechte besteht im vollen Umfange.

Nun wäre die Frage zu beantworten, ob die Apothekenprivilegien zu jenen Privilegien gehören, bei denen die subjektiven Rechte nicht durch Individualrechtssätze erzeugt sind, sondern bei denen die Rechte auf Grund einer allgemeinen Rechtsregel für, von der Verwaltung individuell bestimmte, Personen geschaffen sind[1]). Die Apothekenprivilegien sind durch einen Akt der Privilegiengewalt verliehen[2]). Für jede Verleihung ist das objektive Recht in Form eines Individualrechtssatzes geschaffen, durch den das Recht unmittelbar an das Subjekt geknüpft wurde. Die geschichtliche Entwicklung zeigt, dass die Apothekenprivilegien zu einer Zeit entstanden sind, wo ein allgemeines Gesetz noch nicht objektives Recht in der Form

[1]) Vergl. hierzu Absch. II Kap. 3 S. 38.

[2]) Es sind Fälle vorhanden, in denen die Rechte der Apotheker durch Unvordenklichkeit festgelegt wurden. Vergl. Absch. III Kap. 2 § 2.

normierte, dass durch Bezeichnung des betreffenden Apothekers seitens einer staatlichen Behörde die Verleihung stattfinden konnte. Seit dem siebzehnten Jahrhundert galt es zwar als hergebrachtes Recht, dass zur Errichtung einer neuen Apotheke ein obrigkeitliches Privilegium notwendig sei, ein allgemeiner Rechtssatz, der das Einzelgesetz hätte entbehrlich machen können, war aber nicht vorhanden. Selbst zu einer Zeit, als die Apothekengesetzgebung in jeder Beziehung geregelt war, wurden eigentliche Privilegien, also solche mit Individualrechtssatz, an die Apotheker verliehen. So wurde z. B. in Preussen im Jahre 1801 die „revidierte Apotheker-Ordnung" herausgegeben. Nach Pappenheim bezeichnet man mit dem Namen „Apothekerordnung" eine systematische, in ein Ganzes gefasste Zusammenstellung aller in einem Lande gesetzlich geltenden Bestimmungen über das Apothekenwesen, mit Einschluss aller den Staat interessierenden Verhältnisse der Apotheker selbst, in ihren verschiedenen Bildungsstadien[1]). Im § 1 dieser Apothekerordnung heist es: „Zur Ausübung der Apothekerkunst an einem Orte berechtigt nur ein landesherrliches Privilegium usw. – Dasselbe wird von Unserem General-Direktorio erteilt!" Hier könnte man zuerst glauben, dass eine allgemeine Rechtsnorm vorläge und dass die Apothekenprivilegien auf Grund dieser Norm in oben erwähnter Weise durch Bezeichnung der Person seitens des General-Direktoriums zustande gekommen seien. Dieses ist aber nicht der Fall. Das General-Direktorium, ein Departement des Ministeriums, bearbeitete die Finanz, Gewerbe und Kriegsangelegenheiten. War das Departement zu einer Verfügung ermächtigt, so unterzeichnete dasselbe die Verfügung[2]), anderseits wurden dieselben dem Ge-

[1]) Pappenheim, Sanitätspolizei Bd. I S. 160.

[2]) v. Rönne, Staatsrecht der preuss. Monarchie Bd. III S. 54 Anm. 1 sagt: „Alle Ministerien verfügten, wie der Geheime Staatsrat im Namen und auf Spezialbefehl des Königs. Früher findet sich in den Reskripten der einzelnen Ministerien angegeben, aus welchem Departement dieselben erlassen sind; später kann man die Ministerien nur aus den Unterschriften

heimen Staatsrat, der unmittelbar unter dem Vorsitz des Königs stand, unterbreitet. Diese Verfügungen trugen dann die Unterschrift des Königs, die Minister unterzeichneten in diesen Fällen nicht. Ein solches vor mir liegendes, preussisches Apothekenprivilegium trägt die Unterschrift des Königs und schliesst mit folgenden Worten: Urkundlich unter Unserer höchsteigenhändigen Vollziehung und Unserem beigedruckten Königlichen Insiegel. So geschehen und gegeben zu Charlottenburg den 31ten August 1805.

Friedrich Wilhelm.

Es wäre auch nicht zu verstehen gewesen, wie das General-Direktorium hätte ein landesherrliches Privilegium verleihen können.

In dem Gesetz hat man den Ausdruck „erteilt" gebraucht, derselbe ist so zu verstehen, dass das General-Direktorium die Angelegenheit zu bearbeiten hatte[1]) und nach der Verleihung des Privilegiums durch den König dasselbe an den Beliehenen zu geben hätte.

Ich komme nun zu dem Schluss, dass die Apothekenprivilegien im objektiven Sinn individuelle Normierungen konkreter Rechtsverhältnisse, im subjektiven Sinn die aus diesen individuellen Normierungen für eine bestimmte Person oder Sache entstandenen Rechte und Befugnisse sind. Sie sind „eigentliche Privilegien mit Individualrechtssatz"!

Für unser Recht ist der deutsch-rechtliche Begriff, das persönliche, vererbliche und veräusserliche Privilegium, in erster Linie von Wichtigkeit. Die ursprünglich als höchstpersönlich verliehenen Gewerberechte wurden unter dem Einfluss des deutschen Rechts vererblich und dann vererblich und veräusserlich. Als später die römische Einrichtung der Realrechte vom deutschen Recht rezipiert

---

und Gegenständen erkennen. Der Mangel der Kenntnis der Instruktionen der Ministerien verhindert indess die Prüfung, ob die verfügende Behörde zu dem Erlass ermächtigt gewesen sei".

[1]) § 6 der Verordnung bestätigt indirekt diese Tätigkeit. Danach sollte das Finanzdepartement zuvor mit dem Medizinaldepartement über die Privilegierung konzertieren.

war [1]), erstrebten und erreichten viele Apotheker die Bindung der Rechte an ihre Grundstücke. Diese erschien ihnen bei dem damaligen Rechtszustand sicherer als die vererblichen und veräusserlichen Privilegien. Das Wesen der Realrechte wird unten im Abschnitt IV, Kapitel 5 § 2, näher behandelt werden.

Kapitel 2.

Entstehung der Apothekenprivilegien.

§ 1. Die Verleihung.

I. Die Privilegiengewalt.

Die einzige Entstehungsmöglichkeit der Privilegien ist die durch Verleihung [2]). Die Verleihung ist dem Privilegienrecht eigen [3]). Für die durch Privilegien entstandenen Rechte als solche gibt es keine gemeinsamen Grundsätze, sie nehmen an der Klasse von Rechten teil, der sie angehören; aber für ihre Entstehung im weitesten Umfang und zum geringen Teil auch für ihren Untergang gelten die Regeln des Privilegienrechts. Das Recht, Privilegien verleihen zu können, wird Privilegiengewalt oder Privilegienhoheit genannt. Die Privilegiengewalt war zur Zeit der Entstehung der Apothekenprivilegien heiss umstritten, deshalb ist ein kurzer Überblick über die Entstehung, Handhabung und Kompetenz für dieses Recht notwendig.

In Rom stand dem Könige die Privilegiengewalt nicht zu, sie war, wenn überhaupt geübt, bei den Kuriatkomitien, der Senat hatte das Vorschlagsrecht. In der Republik beim Senat, wurde sie jedenfalls etwas willkürlich gehand-

[1]) Vergl. hierzu oben Absch. II Kap. 3.

[2]) Vergl. hierzu § 2 dieses Kapitels.

[3]) Auch die durch Gesetze gegebenen Privilegien sind verliehene. Vergl. den Schluss dieses Absatzes.

habt. Im Jahre 687 a. u. c. stellte der Volkstribun daher den Antrag: *„nequis nisi per populum solveretur“*. Dieser Antrag hatte den unerwünschten Erfolg, dass das Recht des Senats auf diesem Gebiet anerkannt wurde. In der Kaiserzeit war das Recht bei den Kaisern. Es wurde nach dem Grundsatz verfahren, dass derjenige Privilegien verleihen dürfte, der in der betreffenden Sphäre die gesetzgebende Gewalt hatte.

Die Privilegiengewalt des alten deutschen Staatsrechts war dieselbe, wie wir sie in der neueren Literatur bei den Pandektisten und Kirchenrechtlern beschrieben finden. Diese stützen sich auf den an Rechtsprinzipien so reichen Digestentitel des Ulpian I. 4. „de constitutionibus principum.“ Hiernach ist die Machtvollkommenheit dem Kaiser durch das Volk übertragen worden. Der Grundsatz: *„quod principi placuit, legis habet vigorem“* ist anerkannt. Im § 1 dieses Titels heisst es weiter: *Quodcunque igitur imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt quas vulgo constitutiones apellamus!* Die Privilegien finden wir in den Quellen als *constitutiones personales*, sie waren also hierin eingeschlossen.

So vereinte unser älteres deutsches Staatsrecht alle gesetzgebende Gewalt und die Privilegiengewalt beim Kaiser[1]). Später sollte der Kaiser ohne Mitwirkung der Reichsstände keine Gesetze geben; Privilegien durfte er jedoch, gestützt auf Reservatrechte, weiterhin selbständig verleihen. Aber allmählich wurden diese Reservatrechte sehr zu Gunsten der Territoriallandesherren eingeschränkt. Zuerst geschah dieses durch die goldene Bulle (Kap. IX und X). Dem Kaiser[2]) hatte man eine gewisse Gattung von Privi-

[1]) Nach kanonischem Recht durften erst nach der Krönung Privilegien erteilt werden. Durch die Wahl erhielt der Fürst nur das Recht auf das Amt, jus ad rem, durch die Krönung das jus in re. Vergl. Heusler, Institut. Bd. I S. 380.

[2]) Titel V der goldenen Bulle behandelt die Frage, ob die Reichsvikare Privilegiengewalt hätten, in unklarer Weise. In der Tat wurde sie geübt.

legien zur Verleihung vorbehalten, es war aber sehr streitig, welche dazu gehörten [1]). Andere Privilegien sollte der Kaiser nicht ohne Gehör der Kurfürsten verleihen. Es war auch nicht klar ausgedrückt, ob der Kaiser auch solche Privilegien verleihen könne, zu deren Erteilung der Landesherr selbst berechtigt war. In der Wahlkapitulation von 1519 versuchte man im Artikel VII §§ 3 und 4 Klarheit zu schaffen. Der Kaiser versprach eine zeitgemässe Reform der Reichspolizeiordnung, besonders in bezug auf die Handelsprivilegien. Die kaiserliche Privilegiengewalt wurde auf „hergebrachte Privilegien" beschränkt (§ 4). Dann wurde vereinbart, dass der Landesherr den vom Kaiser an Landesuntertanen verliehenen Privilegien nur dann die Anerkennung verweigern dürfe, wenn sie der Polizeiverordnung zuwider waren. Mittelbaren und landsässigen Untertanen durfte der Kaiser Privilegien verleihen [2]). — Die Territorialherren begnügten sich aber auch mit diesen Erfolgen nicht. Der westfälische Friede [3]) erweiterte den Umfang ihrer Macht noch mehr. Bald hiess es: *quidquid imperator facere potest in toto imperio, id quilibet status potest facere in suo territorio!* Die Privilegiengewalt wurde den Landesherren wieder von den Landständen streitig gemacht, auch sie wollten Einfluss auf dieselbe haben. v. Gerber [4]) sagt: „Kaum ein Punkt des älteren deutschen Staatsrechts konnte unklarer sein!"

In der Praxis wurden bei der Verleihung in den Einzelstaaten drei Klassen von Privilegien unterschieden [5]):

1. Privilegien, die der Landesherr ohne die Stände verleihen durfte. — Hierher gehörten die Gewerbe und Handelsprivilegien.

---

[1]) Selbst das Recht der Adelsverleihungen beanspruchten einzelne Reichsstände für sich.

[2]) Glück a. a. O., Bd. II S. 10.

[3]) Burcard. Corpus juris publici academici: Instrumentum pacis Osnaburgensis Art. VIII § 1.

[4]) v. Gerber a. a. O., S. 472.

[5]) Zachariae, Deutsch. Staats- u. Bundesrecht Teil 2 S. 189.

2. Privilegien, deren Objekt vermöge der Landesverfassung den ständischen Konsens erforderte oder solche, deren Erteilung durch ausdrückliche Gesetze und Observanzen die Zustimmung der Stände erforderte.

3. Privilegien, deren Erteilung reichsgesetzlich geordnet war und die zum Teil dem Kaiser noch vorbehalten waren. Im allgemeinen galt aber der Grundsatz, dass die Landesherren hinsichtlich der Verleihung der Privilegien freier gestellt seien, als hinsichtlich der Erlassung von Gesetzen [1]).

Im Lauf der Zeit war die Zahl derjenigen, die die Privilegiengewalt ausübten, ausserordentlich angewachsen. Alle weltlichen und geistlichen Fürsten, die Reichsunmittelbarkeit und Reichsstandschaft hatten, ebenso alle freien Städte hatten die Privilegiengewalt[2]). Dazu kommen Städte, Gemeinden und Korporationen, denen das Recht Privilegien verleihen zu können verliehen war[3]). Die Zuständigkeit war aber keinesweg geklärt. Hierzu äussert sich Pütter; gleichzeitig zeigt Pütter, dass die ausschliessliche Abgabe von Arzneien durch die Apotheken durch Mitwirkung der Reichsbehörden umgangen wurde. Pütter[4]) sagt: „Alle anderen Gnadenverleihungen, die demjenigen, der sie bekömmt, ein Recht geben, und anderen eine sich darauf beziehende Verbindlichkeit auflegen, kann nur ein jeder Reichsstand in seinem Lande erteilen. Bisweilen werden wohl noch kaiserliche Konzessionen z. B. um gewisse

[1]) v. Gerber führt in den juristischen Abhandlungen als Autoren Häberlein, Moser und Leist an.

[2]) Glück a. a. O., Bd. I S. 13 zählt die Personen und Obrigkeiten auf, die keine Landeshoheit hatten und mithin Privilegien nicht verleihen konnten. Es waren: „Die Erbprinzen, die sich nur vertraglich zur Verleihung eines Privilegiums verpflichten konnten (vergl. hierzu Abs. II dieses Paragraphen), die apanagierten Prinzen, die unmittelbaren Glieder des Reichs, die keine Reichsstände waren und mittelbare Obrigkeiten und hohe Landeskollegien, insofern ihnen nicht etwa das Recht ein geringes Privilegium zu erteilen ausdrücklich wäre gestattet worden. z. B. die Ergänzung der Volljährigkeit!“

[3]) Vergl. dazu unten S. 62 f.

[4]) Pütter, Hist. Entwicklung der Staatsverf. des Teutschen Reiches Bd. c. S. 272.

Arzneien, gebrannte Wasser und dergl. unter kaiserlicher Protektion verkaufen zu dürfen, für ganz Teutschland gesucht. Das kann aber doch keinem Reichsstande Ziel und Mass setzen, dass er deswegen wider seinen Willen dergleichen Verkauf in seinem Lande gestatten müsste. Es versteht sich immer eine solche kaiserliche Konzession, wenn sie in ganz Teutschland in Anwendung gebracht werden soll, erst unter der Voraussetzung, sofern ein jeder Reichsstand bei deren Zulassung nichts zu erinnern findet. Am wenigsten kann irgend eine Gattung von Alleinhandel oder Monopol für ganz Teutschland aus kaiserlicher Macht verliehen werden. Sonst könnte freilich mancher Artikel allein schon von unendlichem Wert sein, wenn ein kaiserlich Privilegium einem allein für ganz Teutschland den Handel z. B. mit Salz, Tabak, Spielcharten und dergl. zuzuwenden vermögend wäre!“

Jedenfalls gab es nach dem westfälischen Frieden eine unumschränkte Privilegiengewalt, wie sie früher beim Kaiser war, nicht mehr; erst durch die Allmacht des Absolutismus wurde dieselbe wieder konzentriert und zwar in die Hand der Landesherrn. Den Städten wurden die Rechte vielfach entzogen. Die letzte Wahlkapitulation, 1792 anlässlich der Wahl des Kaisers Franz II., reduzierte die kaiserliche Privilegiengewalt auf ein Minimum und als 1806 das „Heilige Römische Reich Deutscher Nation“ zu Grabe getragen wurde, da war die Erbschaft aus dem Reservatrecht des Kaisers für die Landesherrn nur eine sehr kümmerliche. Aber die Verhältnisse waren geklärt. Die Privilegienhoheit galt nunmehr als unzweifelhafter Bestandteil der Territorialstaatsgewalt und sie ist es auch bis heute geblieben[1]).

Die Privilegiengewalt gilt im allgemeinen als Ausfluss der gesetzgebenden[2]) Gewalt. Glück[3]) sagt hierzu: „Dem ohngeachtet aber kann doch wenigstens in Teutschland,

---

[1]) Dementsprechend erwähnt die Reichsverfassung die Privilegiengewalt nicht.

[2]) Vergl. hierzu Absatz III dieses Paragraphen.

[3]) Glück a. a. O., Bd. II S. 10.

das Recht der Privilegien nicht völlig nach den Grundsätzen und Einschränkungen, welche von der gesetzgebenden Gewalt überhaupt gelten, beurteilt werden!“ Wir haben auch gesehen, dass der Kaiser zuerst die Privilegiengewalt als Reservatrecht ohne Mitwirkung der Stände handhaben konnte, ebenso konnten die Landesherrn die Privilegiengewalt freier ausüben, als die gesetzgebende Gewalt. Dann hatten auch die autonomen Städte und Körperschaften, die weder souverän waren noch eine eigentliche gesetzgebende Gewalt hatten, eine, allerdings beschränkte, Privilegiengewalt. Diese übten das jus statuta condendi aus, auf Grund dessen konnten sie für ihre Verbandsgenossen in bestimmten Fällen objektives Recht setzen. Hier war also die Privilegiengewalt der Ausfluss einer beschränkten gesetzgebenden Gewalt und zwar der Autonomie[1]). Wieder andere Städte und Gemeinden hatten durch Verleihung von Privilegialhoheitsrechten seitens der Landesherrn das Recht selbst Gewerbe- und Handelsprivilegien in ihren Kreisen verleihen zu können. Die Privilegiengewalt war hier unmittelbar der Ausfluss eines anderen Privilegiums, das Privilegium selbst war also der Rechtstitel des Privilegialhoheitsrechtes; mittelbar war sie ebenfalls ein Ausfluss der gesetzgebenden Gewalt[2]). Mittelbar als Ausfluss der gesetzgebenden Gewalt wurde die Privilegiengewalt auch ausgeübt, wenn der Kaiser oder der Landesherr Städten und Gemeinden durch gesetzliche Überweisung, – Delegation — die Vergebung einiger Privilegien, besonders auf gewerblichem Gebiet, für ihre Bezirke gestattete. Hier handelten die Berechtigten nicht aus eigener Privilegiengewalt, sondern im Auftrage des Kaisers oder

---

[1]) Die Autonomie ist wohl imstande, staatliches jus cogens abzuändern und auch dritte zu binden.

Nicht ein Ausfluss der Autonomie sondern der eigentlichen gesetzgebenden Gewalt ist die Schaffung objektiven Rechts seitens souveräner Staaten auch dann, wenn dieser Staat als Gliedstaat wieder einer höheren Gesetzgebungsgewalt unterworfen ist. (anders Laband).

[2]) Zachariae stellt dieses Recht auch als Ausfluss der Autonomie hin. Vergl. oben S. 40.

des Landesherrn[1]). Anderseits ist es aber möglich, dass ein gleiches Rechtsgebilde, wie das Privilegium unmittelbar durch die gesetzgebende Gewalt als ein gegebenes Gesetz entsteht; hier liegt auch eine Verleihung durch ein Einzelgesetz und eine Konkretisierung eines Rechtsverhältnisses vor, deshalb spricht man auch in diesem Fall mit Recht von einem Privilegium.

Wir haben bereits gesehen, dass auch Rechte, die nicht Individualrechtssätzen entspringen und dadurch entstehen, dass allgemeine Rechtssätze gewissen Organen im Staat oder auch Korporationen[2]) die Befugnis einräumen, die Rechte erteilen zu dürfen, bisweilen Privilegien genannt werden. Hier liegt keine Verleihung und kein Akt der Privilegiengewalt, sondern eine Erteilung, ein Akt der Verwaltung, vor. Derartige Rechte sind, wie schon oben gesagt, aus dem Privilegienrecht auszuscheiden. Die Möglichkeit, dass sich die Privilegiengewalt durch Gewohnheitsrecht bilden könne, wird von Windscheid[3]) zugegeben, andere Autoren erwähnen diese Möglichkeit nicht.

Die Apothekenprivilegien sind alle durch Verleihungsakte der Privilegiengewalt entstanden. Es sind Apothekenprivilegien von Kaisern, Königen, Herzögen, Grafen, Standesherrn, Erzbischöfen, Fürstbischöfen, Fürstäbten, von freien Städten, kurz von allen weltlichen und geistlichen Fürsten[4])

[1]) Klüber, Staatsrecht des Rheinbundes S. 484 nennt dieses Recht jus privilegiorum minus vel minimum. Es wurde Magistraten, Standesherrn und Grundherrn verliehen.

[2]) Regelsberger a. a. O., S. 123 sagt: „Auch die Befugnis der Universitätsfakultäten Privilegien zu erteilen, sei durch allgemeinen Rechtssatz eingeräumt!" Zu einem anderen Resultat kommt man, wenn man erwägt, dass die Erteilung akademischer Würden ein Reservatrecht des Kaisers war. Dieser privilegierte die Universitäten mit diesem Recht, so dass das Verleihungsrecht ein Ausfluss des verliehenen Privilegialhoheitsrechtes ist Die reichsgesetzliche Sanktionierung ändert an dem Ursprung des Rechtes nichts. Vergl. hierzu Löning a a. O., S. 764 u. Note 2 daselbst.

[3]) Windscheid, Pandekten Bd. I S. 601.

[4]) Die Privilegiengewalt der Kirche erstreckt sich nur auf den Bereich der Satzungsgewalt. Bischöfe verliehen derartige Privilegien nur dort, wo sie gleichzeitig die weltliche Herrschaft ausübten.

und von allen souveränen Städten, den sog. freien Städten verliehen worden. Hier wurde die Privilegiengewalt unmittelbar als Ausfluss der gesetzgebenden Gewalt geübt. Viele Apothekenprivilegien sind durch die Privilegiengewalt als Ausfluss der Autonomie entstanden. Die Autonomie der Städte erstreckte sich zum Teil auch auf das gewerbliche Leben, überall wo die Innungen versagten, griffen die Städte rechtsbegründend ein. Die Städte Wismar und Rostock besitzen heute noch die Autonomie und machen heute noch von ihrem Recht Apotheken errichten zu können, Gebrauch. Im Anfang des vorigen Jahrhunderts verliehen beide Städte noch reale Apothekenprivilegien, während Mecklenburg selbst schon das Konzessionsystem proklamiert hatte[1]). Weiter wurde die Privilegiengewalt bei der Verleihung von Apothekenprivilegien als Ausfluss eines durch ein anderes Privilegium verliehenen Privilegialhoheitsrechts mittelbar von Städten, Gemeinden und Körperschaften ausgeübt, welche die Autonomie nicht besassen. Endlich wurden auch Apothekenprivilegien durch städtische Körperschaften als Mittelspersonen im Auftrage der Landesherrn verliehen. Als die Staaten im Anfang des achtzehnten Jahrhunderts begannen die Autonomie und die Hoheitsrechte zu beschränken, indem sie dieselben als Delegation der Gesetzgebungsgewalt seitens des Staates hinstellten, zogen sie so allmählich die Befugnis objektives Recht zu setzen, ein. Die Staaten nahmen von der Zeit an das Recht der Apothekenprivilegierung für sich in Anspruch. Durch die Gesetzgebung[2]) sind Apothekenprivilegien nicht entstanden.

[1]) Zur Zeit verkaufen die beiden Städte das Recht gegen eine feste Summe oder gegen jährliche Zahlung eines Kanons. Das Recht wird öffentlich versteigert. Eine solche Berechtigung besitzt wohl gewisse Eigenschaften eines Privilegiums, ist aber kein Privilegium, da sie nicht verliehen, sondern verkauft wird. Das Rechtssubjekt wird auch nicht durch die Privilegiengewalt der autonomen Stadt bestimmt, sondern durch eine juristische Tatsache und zwar durch das Gebot des Meistbietenden, also durch die Handlung einer Partei.

[2]) In den Zeiten, als die Privilegiengewalt noch eine grössere Rolle spielte, griff man ausserordentlich selten zum Gesetz um solche Rechte zu

Die Beurteilung der Privilegien soll nach der Beschaffenheit der Privilegiengewalt jener Zeit geschehen, in der die Privilegien entstanden sind[2]). Oft wird es schwer sein festzustellen, auf Grund welchen Rechts die Verleiher die Apothekenprivilegien verliehen hatten; so gab es Zeiten, in denen eine Stadt die Privilegien verlieh, zu anderen Zeiten wurden dieselben Privilegien für dieselbe Stadt vom Landesherrn verliehen[3]). Die Privilegiengewalt im Verfassungsstaat spielt für die Entstehung unserer Rechte, wie wir gesehen haben, keine Rolle.

II. Verleihung und Vertrag.

Die Ansicht, dass bei der Verleihung eines Privilegiums zwischen dem Verleiher und dem Beliehenen ein Vertrag abgeschlossen werde, war früher sehr verbreitet. Schon Hufeland[4]) schreibt: „Bekanntlich findet man oft die Behauptung, alle Privilegien gründen sich auf Verträgen . . ., aber auch wohl findet sich eine gänzliche Bestreitung einer solchen Begründung auf Verträgen!“ — Hier ist die Frage aufgeworfen worden, ob Privilegien auf Verträgen be-

---

verleihen. Dagegen wandte man im Verfassungsstaat öfter das Gesetz an und verlieh durch eine lex specialis unmittelbar Rechte an Personen. So wurde durch ein Gesetz, unter Mitwirkung der württembergischen Stände, im Jahre 1839 dem Verleger von Schillers Werken ein Privilegium gegen den Nachdruck verliehen. — Laband Staatsrecht des deutschen Reiches 1 A. Bd. II S. 3 führt als Privilegium das Gesetz vom 11. VI. 1870 an, in welchem für Mecklenburg-Schwerin und Anhalt durch die Abfindung für die Aufhebung des Elbzolls subjektive Rechte gegen den Reichsfiskus begründet werden.

[2]) Glück a. a. O., Bd. II S. 11 sagt: Die Gültigkeit der älteren kaiserlichen Privilegien ist nicht nach der heutigen Beschaffenheit der kaiserlichen Gewalt, sondern nach der Zeit zu beurteilen, da dieselben erteilt wurden. So auch Pütter a. a. O., Th. I Nr. XIII Nr. 210.

[3]) Grützner, Beitrag zur Geschichte der Apotheken Breslau, erwähnt, dass die ersten Apothekenprivilegien von der Stadt Breslau verliehen wurden, die späteren vom Landesherrn; aber zu einer Zeit, in der die Privilegiengewalt den Städten noch nicht genommen war.

[4]) Hufeland. a. a. O. S. 258.

gründet sind? Dieselbe ist nach zwei Seiten hin zu beantworten. Zunächst handelt es sich darum, ob die Verleihung der Privilegien ein Vertrag ist? — Zur Zeit, als man diese Frage bejahte, wurde die Verleihung der Privilegien als eine Schenkung aufgefasst, also als einseitiger Vertrag. Diese Ansicht war falsch, denn der Beliehene wird weder aus dem Vermögen des Verleihers bereichert, auch bedarf ein Privilegium nicht der Annahme. Hinschius[1]) sagt hierzu: „Die Erteilung an die Voraussetzung einer Annahme des Begünstigten knüpfen, hiesse dem letzteren einen Anteil an der gesetzgebenden Gewalt beilegen. Auch für die Auffassung, das Privilegium sei ein Spezialgesetz, für dessen Inkrafttreten die Annahme der Begünstigten die Bedingung bildet, biete der Wortlaut der Privilegien keinen Anhalt!“ Nach der bisherigen Theorie vom Vertrage ähnelte die Verleihung des Privilegiums in der Tat einem Vertrage. In den meisten Fällen war bei der Verleihung der Privilegien der consensus in idem[2]) vorhanden. Einerseits ist dieser aber kein begriffliches Merkmal der Verleihung, da dieselbe schon durch die einseitige Willenserklärung des Verleihers zustande kommt, auch ohne dass der Privilegierte die Vergünstigung annimmt[3]); anderseits hat die heutige Wissenschaft erkannt, dass jene Theorie vom Vertrag nicht mehr haltbar ist. Heute lehrt man, dass der Vertrag eine Verabredung mehrerer Personen über Vollziehen und Empfangen von Leistungen, eine Willenseinigung zum Zweck der Befriedigung entgegengesetzter oder doch nicht kongruierender Interessen ist[4]). — Bei der Verleihung eines Privilegiums erfolgt keine Verabredung über Vollziehen und Empfangen von Leistungen, dieselbe bezweckt auch nie die Befriedigung entgegengesetzter oder doch nicht kongru-

---

[1]) Hinschius a. a. O. S. 813.

[2]) Ulpian. l. 1. § 1. D. de pactis 2, 14.

[3]) Auch Dernburg, Pandekten S. 199.

[4]) Die bisherige Theorie ist zuerst von Binding angefochten; vergl. hierzu Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 204.

ierender Interessen ist[1]). — Bei der Verleihung eines Privilegiums erfolgt keine Verabredung über Vollziehen und Empfangen von Leistungen, dieselbe bezweckt auch nie die Befriedigung entgegengesetzter oder doch nicht kongruierender Interessen, sondern beide Parteien wollen bei der Privilegienverleihung dasselbe. So wollte bei der Verleihung eines Apothekenprivilegiums der Staat die Anlage einer Apotheke ermöglichen, der zu beleihende Apotheker wollte ebenfalls die Anlage einer Apotheke ermöglichen.

Jellinek[2]) sagt folgerichtig: „Kein Vertrag ist die Genehmigung einer Bitte, kein Vertrag die behördliche Gewährung oder Erlaubnis, kein Vertrag die Erweiterung oder Erhöhung eines individuellen Status!“ Bei der Verleihung liegt eine Erweiterung oder Erhöhung eines individuellen Status vor. Es kann bei der Verleihung seitens des zu Beleihenden der Anstoss zu einer bestimmten staatlichen Tätigkeit gegeben werden, notwendig ist es nicht. Die Verleihung ist immer die Betätigung eines einseitigen Staatshoheitsaktes, die auf ein gesetzliches Recht des Staates begründet ist, oder die Betätigung eines Hohheitsaktes, die auf ein autonomes Recht oder auf ein Privilegialhoheitsrecht begründet ist. Dem Verleiher wird durch die Verleihung kein neues Recht zugeführt, wie es bei einem Vertrage des öffentlichen Rechts der Fall ist. In der Verleihung eines Privilegiums äussert sich das imperium des Verleihers; die Verleihung ist eine gesetzliche Verfügung, die einen öffentlichen Rechtsanspruch für den Beliehenen begründet. Durch die Verleihung eines Privilegiums wird objektives Recht gesetzt, durch einen Vertrag ist das nicht möglich.

In der Einleitung zum A. L. R. § 56 heisst es: „Privilegien und Freiheiten, welche durch einen lästigen Vertrag erworben wurden, sind nach den Regeln der Verträge zu erklären und zu beurteilen!“ Auch das bayerische Landrecht spricht von Privilegien, die mit beschwerlichem

[1]) Die bisherige Theorie ist zuerst von Binding angefochten; vergl. hierzu Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 204.

[2]) Jellinek a. a. O. S. 218.

Titel erlangt sind, diese werden den Privilegien, die aus blosser Gnade erhalten sind, gegenübergestellt. Bei Glück heisst es[1]): . . . ist aber paciscriret worden, dass der Privilegierte gegen Bezahlung einer bestimmten Summe oder gegen ein anderes Äquivalent das Privilegium erhalten solle, so heisst das unter solchem titulo oneroso erteilte Privilegium ein conventionale onerosum. Auch Weiske[2]) sagt, es wird dadurch entschieden, ob ein Äquivalent für das Privilegium gegeben wird oder nicht. Gegen diese Auffassungen wendet sich Regelsberger[3]), er sagt: „Die Erteilung eines Privilegs kann gleich der Erlassung eines allgemeinen Gesetzes durch Vertrag veranlasst sein, (z. B. ein Zollgesetz durch einen Handelsvertrag mit einem auswärtigen Staat); die Erteilung ist aber immer ein einseitiger Willensakt. Anders ist auch der § 56 der Einleitung A. L. Rs. nicht zu verstehen!" Hiermit kommen wir zu der anderen Seite der Frage, ob Privilegien auf Verträgen begründet sind? — nämlich, in wieweit können Verträge als Veranlassung zur Verleihung gelten? — Dernburg[4]) sagt hierzu: „Die Veranlassung des Privilegiums kann ein Vertrag oder auch eine freiwillige Verleihung sein. Schliesst die Staatsgewalt einen Vertrag über Gewährung eines Privilegiums, so ist sie allerdings um deswillen nicht zu dessen Erteilung juristisch verpflichtet, da eine Klage auf eine bestimmte Ausübung eines Majestätsrechts, wie sie im Erlass des Privilegiums liegt, unstatthaft ist; wohl aber ist anzunehmen, dass der Staat als Fiskus entschädigungspflichtig wird, wenn er nicht demnächst als Inhaber der Privilegienhoheit das Privilegium dem Vertrage gemäss erteilt!" — Regelsberger[5]) sagt: „Es gibt auch keine Klage auf Erteilung eines Privilegs. Hat jemand zur Erlangung eines Privilegs z. B.

[1]) Glück a. a. O. Bd. II S. 7. f.

[2]) Weiske, Rechtslexikon Bd. VIII S. 495.

[3]) Regelsberger a. a. O. S. 124 auch Noten 12 und 13.

[4]) Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. I. S. 44.

[5]) Regelsberger a. a. O. S. 124. Auch Gierke sagt, dass aus dem Vertrage nie eine Klage auf Verleihung des Privilegs entstehe.

eine Zahlung an die Staatskasse gemacht, so steht ihm wegen Verweigerung bestenfalls eine Klage auf Rückgabe — condictio causa data causa non secuta — zu[1])!" Nach der herrschenden Lehre kann auch der Privilegierte nicht gezwungen werden, das Privilegium anzunehmen und zu gebrauchen. Daraus ist zu schliessen, dass die Verleihung eines Privilegiums nicht Gegenstand eines Vertrages sein kann. Schliessen der Verleiher und der zu Beleihende einen Vertrag über Verleihung eines Privilegiums, so heisst dieses, der Verleiher verpflichtet sich vertraglich zur Übertragung eines Rechtes an den zu Beleihenden, der zu Beleihende verpflichtet sich zur Anerkennung der Rechtsnorm und zur Annahme oder zur Ausübung des Rechts. Auf diese Weise würde das Privilegialrecht zu einem Vertragsrecht werden, die Verleihung würde zum Vertrage werden, die Privilegierung hätte keinen Sinn mehr und wäre überflüssig.

Anderseits verlangte aber die Eigenart der Verleihung der Privilegien, und zwar die Unerzwingbarkeit einer in Aussicht gestellten Verleihung auf der einen Seite, die Unerzwingbarkeit einer Annahme auf der anderen Seite, in vielen Fällen Verträge oder Vereinbarungen zwischen Verleiher und Zubeleihendem[2]). Der Umstand, dass der Individualrechtssatz nur für eine Person geschaffen wird, ermöglicht solche Verabredungen[3]) und diese können dann als Beweggründe zur Verleihung gelten. Es ist aber festzuhalten, dass solche Verträge niemals die Privilegialrechte berühren dürfen, das heisst mit anderen

[1]) Dernburg sagt in seinen Pandekten a. a. O. S. 199: „Aus dem Vertrage über Verleihung eines Privilegiums entspringt keine Klage auf die Erteilung desselben. Denn der Richter kann die Ausübung eines gesetzgeberischen Aktes nicht erzwingen. Der Vertrag über die Erteilung hat aber den Sinn, dass der Staat sich als Fiskus zur Schadloshaltung verpflichtet, wenn er als Gesetzgeber das Privilegium nicht erteilt. (Note 7 daselbst. Die Frage ist bestritten.)

[2]) In der französischen Gesetzessprache heisst jemandem ein Privilegium verleihen: accorder un privilège à quelqu'un; hierin kommen solche Vereinbarungen zum Ausdruck.

[3]) Bei einer lex generalis sind solche Verträge und Vereinbarungen ausgeschlossen.

Worten: jeder abgeschlossene Vertrag, dessen Verwirklichung für die Verleihung nicht essentiell ist, kann als Beweggrund zu der Verleihung eines Privilegs gelten. Nach Koch[1]) müssen die Beweggründe zur Verleihung, wenn sie in den Privilegien als solche angegeben oder erkennbar sind, von dem das Recht bestimmenden Inhalt des Privilegs stets getrennt gedacht werden und dürfen nicht als Bestandteile desselben angesehen werden.

Wir werden in dem Kapitel über die übrigen Rechte und Verbindlichkeiten sehen, dass die Apothekenprivilegien oft neben den Privilegialrechten die mannigfachsten Vertragsrechte und Vereinbarungen enthalten; welche von diesen s. Zt. die Verleihung motiviert haben, ist oft schwer festzustellen; es spielt dieses auch bei den Privilegien, deren Inhalt klar ist, keine Rolle. Bei Privilegien zweifelhaften Inhalts sind solche Verträge zur Auslegung heranzuziehen[2]), ebenso wie die Motive oft bei der Auslegung allgemeiner Gesetze wichtig sind. Ob es sich dann um Verträge, Vereinbarungen oder Verabredungen handelt, wird von Fall zu Fall zu entscheiden sein. Sollen dem Zubeleihenden Pflichten auferlegt werden, soll die Subjektion desselben aussergesetzlich gesteigert werden, so ist der einzig mögliche Weg, eine derartige Subjektion rechtlich zu begründen, der Vertrag[3]).

Im allgemeinen darf man zur Ehre der Verleiher annehmen, dass die Motive zur Verleihung der Apothekenprivilegien das öffentliche Wohl und das Gemeininteresse bildeten. So wurden besonders bei verheerenden Krankheiten, wie bei der Pest[4]), Apothekenprivilegien verliehen. Aber auch der zunehmende Wohlstand, wie die Ver-

---

[1]) Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht. S. 55. Note. 72.

[2]) Im bayr. Landrecht I. 2. 16 heisst es unter 5: „Im Zweifel werden die aus blosser Gnade erhaltenen Privilegien für personal, die mit beschwerlichem Titel erlangten, aber für real gehalten!

[3]) Jellinek, Syst. der subj. öffentl. Rechte S. 210.

[4]) Im Privileg der Stadtapotheke in Goldberg, Schlesien, heisst es: „wegen Aushaltens zur Pestzeit . . .“

mehrung der Bevölkerung verlangten neue Apotheken. Dann wollte man auch die Unsicherheit, die durch umherziehende Heilmittelhändler hervorgerufen wurde, durch Anlagen von Apotheken aus der Welt schaffen. Dieses schloss natürlich nicht aus, dass ein Verleiher einen Apotheker durch eine Beleihung belohnte, oder dass der Verleiher dem beliehenen Apotheker Pflichten oder Zahlungen auferlegte [1]); dass die letzteren eine Verleihung veranlasst haben, darf aber wohl kaum angenommen werden. Veranlassten Bitten oder Eingaben der betreffenden Apotheker eine Verleihung, so ist die Erfüllung [2]) derselben, wie wir oben gesehen haben, niemals als ein Vertrag aufzufassen.

III. Verleihung und Gesetz.

Die Frage, ob der Akt der Verleihung ein Gesetzgebungsakt oder ein Verwaltungsakt sei und ob das Privilegium die Erfordernisse erfülle, die an den Begriff „Gesetz" gestellt werden, ist viel umstritten worden. Laband [3]) äussert sich hierzu folgendermassen: „Es ist unrichtig, das Wort Privilegium so, wie es im modernen Sprachgebrauch verwendet wird, mit lex specialis oder lex in privos homines lata zu identifizieren und die sog. Privilegienhoheit als einen Bestandteil der gesetzgebenden Gewalt zu erklären. Vielmehr ist die Erteilung eines sog. Privilegiums in der Mehrzahl der Fälle ein Akt der Staatsverwaltung innerhalb des durch die Gesetze abgegrenzten Gebietes, auf welchem die Handlungsfreiheit der Regierung ihren Spielraum hat. Aber es ist anderseits ebenso unrichtig, das Privilegium als begrifflichen Gegensatz des Gesetzes hinzustellen und zu behaupten, die Erteilung eines Privilegiums sei immer eine Verwaltungshandlung. Beides ist vielmehr möglich; ein Privilegium kann bald durch Rechtsgeschäft (Verwaltungsakt) bald durch Gesetzgebungs-

[1]) Hierzu vergl. Absch. IV. Kap. 3 § 2.
[2]) Jellinek, a. a. O. S. 218.
[3]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches 1 A. Bd. II S. 3.

akt (lex specialis) begründet sein. In allen Fällen, in welchen bestehende Rechtsgrundsätze aufgehoben oder suspendiert werden sollen, ohne dass der Regierung eine allgemeine Ermächtigung hierzu durch einen Rechtssatz erteilt worden ist, bedarf es einer lex specialis!“ Labands Ansicht teilen Wächter[1]), G. Meyer[2]), Regelsberger[3]) u. a. Dass die Verleihung der Privilegien grundsätzlich Akte der Gesetzgebung seien, verteidigen Unger[4]), Schlayer[5]), Hinschius[6]), von Rönne, Gierke u. a. v. Gerber[7]) sagt, dass die Privilegienverleihungen der allgemeinen Klasse der Verwaltungshandlungen angehören. Derselben Meinung sind weiter v. Schulze[8]), Zachariae u. a.

Windscheids[9]) Einteilung der Privilegien in solche, deren Verleihung ein Akt der Gesetzgebung ist und in solche, deren Verleihung ein Akt der Gesetzgebung nicht ist, ist schon im Abschnitt II Kap. 3 „Das Privilegium im engeren Sinne“ erwähnt. Wenn Windscheid sagt, die Verleihung gehe in dem Fall, wo sie ein Akt der Gesetzgebung nicht ist, von einem staatlichen Organ aus, welches objektives Recht zu schaffen die Macht nicht habe oder objektives Recht nicht schaffen wolle, und der dem Privilegium zu Grunde liegende Rechtssatz sei eine allgemeine Rechtsregel, so liegt hier eben nicht die Verleihung eines Privilegs

[1]) v. Wächter, Württemb. Priv. Recht Bd. II S. 832.

[2]) G. Meyer, Deutsches Staatsrecht 1891 S. 532 sagt, dass die Privilegienerteilung (als Verwaltungsakt, der Verfasser) nur zulässig erscheine in Bezug auf solche Gegenstände, hinsichtlich welcher entweder ein bestehender Rechtssatz (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) der Verwaltung ausdrücklich die Ermächtigung zur Privilegienerteilung verleiht oder deren Regelung dem freien Ermessen der Verwaltungsorgane überlassen ist. In seinem Verwaltungsrecht 3. Aufl. S. 30 Anm. 2 wendet er sich gegen den von Laband, früher auch von O. Mayer gebrauchten Ausdruck von Rechtsgeschäft für Verwaltungsakte.

[3]) Regelsberger a. a. O. S. 123.

[4]) Unger a. a. O. Bd. II S. 315 Anm. 3.

[5]) Schlayer a. a. O. S. 70 ff.

[6]) Hinschius a. a. O. S. 808 ff. Gierke a. a. O. S. 304.

[7]) v. Gerber, Jurist. Abhandlungen S. 484.

[8]) v. Schulze, Preuss. Staatsrecht a. a. O. Bd. II S. 206 f.

[9]) Windscheid a. a. O. S. 600.

vor[1]). Bei derartiger Verleihung fehlt zunächst die Normsetzung. Eine Normsetzung hat vorher allerdings stattgefunden. Es ist aber eine allgemeine Rechtsnorm und kein Individualrechtssatz gesetzt worden. Somit fehlt ein wesentliches Merkmal des Privilegiums, nämlich die Bestimmung des Subjekts in und mit der Normsetzung. Dass sich hier Rechtssatz und Rechtsverhältnis nicht decken, sagt Windscheid selbst. Wir haben aber gesehen, dass gerade das Zusammenfallen von Rechtssatz und Rechtsverhältnis das entscheidende Begriffsmerkmal des eigentlichen Privilegs ist. — Gegen diese Auffassung Windscheids wendet sich u. a. auch Gierke[2]). Er sagt: „Auch wird nicht selten durch ein Gesetz die Krone oder eine Verwaltungsbehörde ausdrücklich zur Verleihung gewisser Privilegien ermächtigt. Die Verleihung erfolgt hier kraft delegierter Gesetzgebungsgewalt, bleibt also Normsetzung (constitutio personalis) und schafft eine lex specialis. Das Gegenteil behauptet Windscheid. Allein dies beruht auf der Hineinziehung von Fällen, in denen ein Privileg überhaupt nicht vorliegt, sondern das Gesetz unmittelbar eine Klasse besonderer Rechte begründet und einem Verwaltungsorgan nur die deklaratorische Feststellung der Voraussetzungen eines solchen Rechts im Einzelfall überweist. – Die Grenze ist freilich flüssig, zumal im Laufe der Zeit die Auffassung oft gewechselt hat!“ — Mit der Ausführung Gierkes dürfte die Streitfrage, ob Gesetzgebungsakt oder Verwaltungsakt, gelöst sein. Es werden, wie auch Laband[3]) sagt, durch den Sprachgebrauch Rechtsgebilde in die Lehre von den Privilegien hineingezogen, die keine Privilegien sind. — Ich komme zu dem Schluss, dass die Verleihungen der eigentlichen Privilegien Akte der Gesetz-

---

[1]) Die Frage, was für ein Akt hier vorliegt, lässt Windscheid offen. Es dürfte sich um die Vollziehung eines Gesetzes nach freiem Ermessen der Verwaltung, um einen rechtsbegründenden Verwaltungsakt durch eine Verfügung, handeln. Vergl. hierzu G. Meyer Verw. Recht S. 34.

[2]) Gierke a. a. O. Seite 304. 305 und Anm. 9.

[3]) Vergl. Laband 1. Auflage Band II S. 3f.

gebung sind und zwar soweit, wie die Privilegiengewalt als Ausfluss der gesetzgebenden Gewalt gelten kann.

Nun ist die Frage zu beantworten: Erfüllen die eigentlichen Privilegien die Erfordernisse, die man an den Begriff „Gesetz" stellt? —

Viele stellen das Privilegium als subjektives Recht hin[1]) und bestreiten das Vorhandensein einer Rechtsnorm bei demselben ganz. M. E. mit Unrecht. Das entscheidende Begriffsmerkmal der Privilegien liegt darin, dass Rechtssatz und Rechtsverhältnis sich decken. Das „Sich decken" darf nicht so aufgefasst werden, als ob Rechtssatz und Rechtsverhältnis ineinander aufgehen, dann könnte man allerdings dem Privilegium die Rechtsnorm ganz absprechen und es für subjektives Recht erklären. Aber die Tatsache, dass sich Rechtssatz und Rechtsverhältnis decken, darf nur so erklärt werden, dass der Rechtssatz selbst, nicht eine juristische Tatsache oder die Handlungen der Parteien, die Funktionen übernimmt, die zu einem Rechtsverhältnis führen. Die Privilegiengewalt ordnet durch die Rechtsnorm nach Belieben eine Rechtswirkung an. Cosack[2]) sagt: „Zu dem juristischen Tatbestand einer Rechtswirkung gehört oft eine Verfügung der Staatsgewalt, welche den Eintritt der Rechtswirkung anordnet oder zulässt oder zum Abschluss bringt. Beim Privilegium hängt der Erlass der Verfügung vom freien Ermessen des zuständigen staatlichen Organs ab!" Die Aktivität der Rechtsnorm ist sogar beim Privilegium eine viel grössere als bei den allgemeinen Gesetzen, die Rechtsnorm ordnet den Eintritt der Rechtswirkung an, sie erklärt den Willen des in Frage kommenden Rechtssubjekts in bezug auf seine zu ordnenden Rechtsverhältnisse, der beim jus commune durch das Rechtsgeschäft selbst erklärt werden muss. So kann man wohl von einem Zusammenfallen des Rechtssatzes

[1]) So sagt z. B. Crome, System des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 95 ff: „Auszuschliessen von dem Begriff des Sonderrechtes ist das Privilegium. Letzteres ist subjektives Recht, nicht Rechtsnorm." (u. a.)

[2]) Cosack, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. I. S. 276.

mit dem Rechtsverhältnis sprechen, begrifflich in einander aufgehen können beide aber nicht. Regelsberger[1]) sagt auch: „Der Umstand, dass der Individualrechtssatz einem individuellen Tatbestand angepasst ist, nähert ihn dem Rechtsgeschäft und dem richterlichen Urteil.“ Weiter sagt Regelsberger: „Es ist nicht einzusehen, wie ein subjektives Recht ohne eine dasselbe anerkennende Norm des objektiven Rechts bestehen kann und es beruht auf vorgefasster Meinung, wenn man behauptet, dass mit dem Wesen des Rechtssatzes die Beschränkung des ordnenden Einflusses auf einen individuell bestimmten Tatbestand unvereinbar sei“! Auch Schlayer[2]) sagt: „Man möchte einwenden, ein Privilegium enthalte keine eigentliche Rechtsnorm und nur eine solche gehöre ins Gebiet der gesetzgebenden Gewalt im eigentlichen Sinn. Allein auch das Privilegium ist nichts anderes als eine Norm, welche Recht gibt und nebenbei auch Verpflichtungen für den Privilegierten enthalten kann, jedenfalls aber Dritten zum mindesten die Verbindlichkeit auflegt, den Privilegierten in seinem Recht nicht zu beeinträchtigen!“ Das hier in Frage kommende Apothekenprivilegium sagt erstens, was Rechtens ist, dann überträgt es das Recht auf den Apotheker, legt entsprechende Verbindlichkeiten auf und soll auch an diejenigen, die in den Interessenkreis des Privilegierten kommen, die Mitteilung machen, dass der betreffende Apotheker seine Apotheke zurecht betreibe und dass der, welcher ihn stört, ein Recht verletze. Dieses kann aber nur durch eine Rechtsnorm geschehen. — Die Negierung der Rechtsnorm beim Privilegium wird aber unhaltbar, wenn man das Wesen desselben im echten und ursprünglichen Sinne des Wortes nimmt. Laband[3]) sagt: „Das Privilegium im echten und ursprünglichen Sinne des Wortes, eine wahre und wirkliche lex specialis ist ein Rechtssatz für einen einzelnen konkreten Fall oder eine

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 122.

[2]) Schlayer a. a. O. S. 71.

[3]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches Bd. II S. 3.

Abänderung einer sonst geltenden allgemeinen Rechtsregel, ohne dass zugleich eine subjektive Berechtigung oder Begünstigung begründet wird!“ Die subjektive Rechtsbegründung durch diese Norm ist danach also erst eine spätere Erscheinung und es hiesse das Kind mit dem Bade ausschütten, wollte man jetzt die Rechtsnorm beim Privilegium leugnen.

Weiter wird behauptet, dass ein Gesetz notwendiger Weise Normen für die Allgemeinheit setzen müsse und dass deshalb dem Privilegium die Erfordernisse des Gesetzbegriffes fehle. So Zachariae[1]), v. Schulze[2]) u. a. Dieser Ansicht steht die heute herrschende Meinung[3]) gegenüber, dass der Rechtssatz, um dem Gesetzbegriff zu genügen, keineswegs eine allgemeine Regel zu enthalten braucht. Gewöhnlich pflegt es der Fall zu sein, aber es ist wohl denkbar, dass das Gesetz einen Rechtssatz aufstellt, der nur auf einen einzigen Fall anwendbar ist und sich mit diesem erschöpft. v. Seydel[4]) sagt hierzu: „ . . dieses nur quantitativen Unterschiedes willen ist der lex specialis der Name Gesetz nicht zu versagen!“ Auch ich schliesse mich der Meinung an, dass der Begriff der Allgemeinheit nicht zum Essentiale des Gesetzes gehöre.

Anderseits ist nun auch wieder die Ansicht geltend gemacht, dass dem Privilegium keineswegs der Begriff der Allgemeinheit fehle. Jedenfalls aus folgender Erwägung:

[1]) Zachariae, deutsches Staats- und Bundesrecht Teil II S. 140: „Nur die lex generalis stellt Rechtssätze auf, nur sie ändert oder beseitigt das bestehende Recht im objektiven Sinne, welchem also auch notwendig der Charakter der Allgemeinheit zukommt!“

[2]) v. Schulze, Preussisches Staatsrecht Bd. II S. 206: „Ein Befehl, eine tatsächliche Handlungsweise, eine Anordnung der Regierung für den einzelnen Fall sind niemals Gesetze, weil sie ihre Kraft mit dem einzelnen Fall erschöpfen, weil sie nicht auf andere, wenn auch noch so gleichartige Vorkommnisse erstreckt werden können. Privilegien sind niemals Spezialgesetze, sondern Verwaltungshandlungen in Gesetzesform. Ähnlich v. Gerber, Deutsch. Staatsrecht 3. A. S. 174[5].

[3]) v. Wächter, Laband, von Seydel, Piloty (Vorlesung über Reichsstaatsrecht) Jellinek u. a.

[4]) v. Seydel, Bayr. Staatsrecht, 2. Aufl. Bd. II S. 309.

Das subjektive Recht ist der Inbegriff der Befugnisse (Rechte) und Pflichten (Verbindlichkeiten). Die Betrachtung des Rechts allein von den Befugnissen aus, wie dieses bei den Römern geschah, führt zu einem einseitigen Resultat. Die Verbindlichkeiten sind Korrelate der Befugnisse, die Befugnisse sind ohne Verbindlichkeiten ebenso undenkbar, wie diese ohne Befugnisse. Die Rechtsordnung setzt beim Privilegium die Befugnisse für eine Person, sie wirkt hier individualisierend; die Verbindlichkeiten, so hat man gefolgert, setze die Rechtsordnung beim Privilegium für die Allgemeinheit, sie wirke da also generalisierend. v. Rönne[1]) hat diesen Schluss für die Gewerbs- und Handelsprivilegien gezogen. Er sagt: „Die Verleihung von Gewerbs- und Handelsprivilegien und Monopolen kann niemals anders als ein wirkliches Gesetz konstituiert werden, weil dadurch allen Staatsangehörigen mit Ausnahme der Privilegierten die Vornahme gewisser Handlungen untersagt wird, so dass also das Privilegium ein allgemeines Verbot, mithin eine lex generalis einschliesst!“ — Hier kann ich nicht folgen. M. E. kann die Rechtsordnung nicht durch ein Privilegium generalisieren. Durch die Form der Verleihung an eine Person kann niemals ein Gesetz für die Allgemeinheit zum Ausdruck gebracht werden; ist irgend ein allgemeines Verbot zur Durchführung eines Privilegiums notwendig, muss es vor der Verleihung desselben durch ein allgemeines Gesetz erlassen werden. Um die Verleihung der Apothekenprivilegien zu ermöglichen, war es Voraussetzung, dass der Arzneimittelhandel seitens des Staates verboten wurde. Wie das geschehen ist, haben wir in der geschichtlichen Entwicklung der Apotheken gesehen. Stückweise, je nachdem die einzelnen Privilegien verliehen wurden, konnte das Verbot nicht erfolgen, es wäre ja dann an Orten, wo Apotheken nicht privilegiert waren, der Arzneimittelhandel auch nicht verboten gewesen. Wenn oben gesagt wurde, das Apothekenprivilegium verfolge den Zweck an diejenigen, die in den Interessenkreis des Privilegierten

[1]) v. Rönne a. a. O. S. 352 Note 7.

kommen, die Mitteilung zu machen, dass der Apotheker seine Apotheke zurecht betreibe und dass der, welcher ihn stört, ein Recht verletze, so soll das nicht heissen, die Rechtsordnung setze durch die Privilegialrechtsnorm eine lex generalis. Die Rechtsnorm des Privilegiums ist der Begründungstitel des Rechts, sie soll dem Beliehenen bei etwaiger Störung als Beweis dienen, dass er ein Recht ausübe; ein Verbot für die Allgemeinheit, das Recht nicht zu stören, enthält sie aber nicht. — Gewiss legt das Privilegium Verbindlichkeiten auf, wenn es dieses nicht täte, wäre es kein Gesetz[1]). Es setzt Recht und jedem Recht entspricht eine Pflicht. Wer im Apothekenprivilegium alles verpflichtet ist, werden wir später sehen[2]). Hufeland[3]) sagt: „Beide Arten von Privilegien teilen mit anderen Rechten die Eigenschaft, dass anderen als den Berechtigten Verbindlichkeiten in Ansehung derselben obliegen", er fügt hinzu: „nur dass wieder bei eigentlichen Privilegien, die nicht auf allgemein kundgemachten Gesetzen beruhen, sehr oft wenigstens eine besondere Anzeige oder Insinuation an die dadurch eigentlich Verpflichteten an die Stelle der Kundmachung treten muss!" Also selbst ein kleiner Kreis von Personen kann nicht durch die Rechtsnorm des Privilegiums verpflichtet werden! — Dem Privilegium fehlt demnach der Begriff der Allgemeinheit, dieses ist aber kein Grund ihm die Eigenschaft des Gesetzes abzusprechen.

Jede Rechtsnorm muss aber auch, um Gesetz zu sein, rechtsverbindlich angeordnet sein. Die Formulierung allein genügt nicht, die Erfordernisse des Gesetzbegriffes zu erfüllen. Ein Gesetz muss verpflichtend erklärt werden, d. h. der Rechtssatz muss mit verbindlicher Kraft ausgestattet, er muss sanktioniert werden. — Beim Privilegium ist nun die Unterscheidung in formulierte Rechtsregel und Aus-

[1]) v. Seydel, Bayr. Staatsrecht Bd. II S. 308f. „Zum Gesetz im materiellen Sinne gehört, dass es für die Untertanen verbindliche Rechtsvorschriften enthält."

[2]) Vergl. unten Abschnitt IV. Kap. 3. § 2.

[3]) Hufeland. a. a. O. S. 227f.

stattung derselben mit rechtsverbindlicher Kraft nicht gut durchführbar. Formulierung und Sanktionierung fallen zusammen. Nach Laband[1]) ist der Gesetzesinhalt und der Gesetzesbefehl beim Privilegium derartig eng mit einander verbunden, dass ihre Unterscheidung ohne staatsrechtliche Bedeutung ist. Sowohl der absolute Monarch, wie die souveräne Volksversammlung beschliesst die Rechtsregel und befiehlt gleichzeitig ihre Geltung.

Die Frage, ob die Privilegien, wie die Gesetze, der Publikation bedürfen ist nach Hinschius[2]) für den konstitutionellen Staat, in welchem über die Publikation von Gesetzen bestimmte Normen bestehen, im allgemeinen zu bejahen. Wo aber das Recht der Privilegienerteilung dem Regenten und einzelnen Verwaltungsbehörden noch aus der früheren Zeit bewahrt geblieben oder ihnen delegiert ist, wird mangels besonderer Vorschrift als Publikation jeder Akt genügen, durch welchen das Privilegium zum Zwecke seiner Anwendung in der Art aus der Hand des Verleihers gegeben wird, dass die auf die Geltung desselben gerichtete Absicht des Verleihers in die äussere Erscheinung tritt und eine weitere Verbreitung des erteilten Privilegiums ermöglicht wird. Es wird bei der Erteilung von Begünstigungen die Mitteilung an den Begünstigten ausreichen; dieses besonders, wenn gleichzeitig, wie üblich, darüber zugleich eine amtliche Veröffentlichung in einem öffentlichen Blatt erfolgt. Zur Zeit der Entstehung der Apothekenprivilegien war diese Materie noch nicht gesetzlich geordnet. Die Autoren jener Zeiten nahmen aber denselben Standpunkt ein wie Hinschius[3]). Es genügte eine Mitteilung an die Interessenten. Für die Apothekenprivilegien fand eine Art privater Publikation dadurch statt, dass die Apotheker ihre Apotheken so firmierten, dass der Hersprung ihrer

[1]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches 2. Aufl. Bd. I S. 514. Piloty, Vorlesung a. a. O.

[2]) Hinschius in v. Stengels Wörterbuch Bd. II S. 309 f. „Über Privilegien." § 8.

[3]) So Hufeland, Glück, Klüber u. a.

Rechte kenntlich war. So z. B. „Königliche privilegierte Adlerapotheke“ oder „Privilegierte Ratsapotheke“ und ähnlich[1]).

Ich komme zu dem Schluss, dass die Apothekenprivilegien die Erfordernisse, die heute an den Begriff „Gesetz im materiellen Sinne“ gestellt werden, erfüllen. Sie erfüllen aber auch die Erfordernisse, die zur Zeit ihrer Verleihung an den Begriff „Gesetz im formellen Sinne“ gestellt wurden.

IV. Die „concessio“.

Wir haben gesehen in welchem Umfang die Privilegiengewalt als Ausfluss der gesetzgebenden Gewalt gelten kann und dass die Privilegialrechtsnorm die Erfordernisse des Begriffs Gesetz erfüllt; dennoch kann man die Begriffe Gesetz und Privilegium nicht identifizieren. Der Unterschied beider Begriffe macht sich schon im Sprachgebrauch bemerkbar. Abgesehen von der Provenienz, die sich, im Wort Gesetz — von der gesetzgebenden Gewalt —, im Wort Privilegium — von der Privilegiengewalt — erkenntlich macht, spricht man von einem gegebenen Gesetz[2]) und einem verliehenen[3]) Privilegium. Man spricht von einem Gesetzgebungsakt und beim Privilegium vom Verleihungsakt. Die Verschiedenheit beider Akte unterscheidet das Gesetz und das Privilegium.

Das Gesetz wird gegeben, das heisst, es ergeht ein allgemeines Gebot oder Verbot an die Untertanen um auf

[1]) Glück a. a. O. Bd. II S. 2 sagt: „Eine Bekanntmachung kann auch durch den Privilegierten selbst bewirkt werden, z. B. wenn der Buchhändler das ihm wegen eines gewissen Verlagswerkes verliehene Privilegium auf dem Titel des Buches anzeigt oder solches in dem Buche selbst abdrucken lässt.“

[2]) Bei dieser Gegenüberstellung ist unter Gesetz der Zivilrechtsatz, das Justizgesetz nicht das Polizeigesetz gemeint; es ist eine, die gesetzgebende Gewalt bindende Norm, nicht ein Gesetz der Zweckmässigkeit, wie das Polizeigesetz oder die Verordnung, gemeint, denn das Privilegium ist ebenfalls eine den Verleiher bindende Norm.

[3]) Zu dem Ausdruck „Erteilung von Privilegien“ vergl. oben Seite 54 und unten Seite 82 f.

ihr Tun und Lassen bestimmend einzuwirken. In der allgemeinen Rechtsnorm wird den Untertanen eine Richtschnur gegeben, wie Rechte zu erwerben sind. Das subjektive Recht erwächst aus den menschlichen Handlungen, die äusserlich durch diese Norm bestimmt werden. Die Wirkung der Norm tritt also von Fall zu Fall durch die Handlungen der Menschen ein; die allgemeine Rechtsnorm ist somit nur die Quelle objektiven Rechts.

Die Privilegialrechtsnorm geht nur eine einzelne Person oder einen kleinen [1]) Kreis von Personen an. Dieselbe ist ebenfalls eine Richtschnur, aber nur für das Verhalten einiger oder weniger Untertanen. Sie ist demnach wirkungslos, so lange nicht das Subjekt individuell bestimmt ist. Aber die Bestimmung des Subjekts allein genügt auch noch nicht zur wirkungsvollen Entfaltung der Privilegialrechtsnorm, es muss noch eine rechtlich wirksame Beziehung des Subjekts zu einem Sachgut geschaffen werden und dieses geschieht, indem in der Privilegialrechtsnorm ein Rechtsverhältnis konkretisiert und mit dem Subjekt in Verbindung gebracht wird. Es sind also bei der Verleihung eines Privilegiums drei Phasen zu unterscheiden: die Setzung der Norm, die Bestimmung des Subjekts und die Konkretisierung des Rechtsverhältnisses. Jede Phase allein ist wirkungslos, als geschlossenes Ganze stellen sie die Verleihung des eigentlichen Privilegiums dar. Die Tätigkeit in der ersten Phase gleicht der des Gesetzgebers. In den beiden anderen Phasen wird der Gesetzgeber zum Verleiher, seine Tätigkeit ist jetzt: jemandem etwas einräumen, bewilligen, verleihen — concedere alicui aliquid. — Die Privilegialrechtsnorm wird so auch zur Quelle des subjektiven Rechts. In der geschlossenen Tätigkeit kommt das Begriffsmerkmal der eigentlichen Privilegien zum Ausdruck, das ist: Rechtssatz und Rechtsverhältnis decken sich! — Diese Tätigkeit nannte man „Konzessionieren." Das ist der ursprüngliche Sinn der concessio,

[1]) Vergl. hierzu oben S. 35 f.

das ist das Wesen der Verleihung im Privilegienrecht[1]).

Bald hatte es sich eingebürgert, auch das durch die concessio erworbene Recht Konzession zu nennen[2]). Puchta[3]) sagt noch: „Die Privilegien entstehen durch die Konzessionen der Regenten!“ Schlayer[4]) sagt schon: „Die Privilegien sind Konzessionen!“ — Dann wurde der Ausdruck Konzession für die privilegierten Gewerberechte gebraucht[5]). Schlayer[6]) sagt hierzu: „Eine besondere Art der affirmativen Prvilegien sind die Konzessionen. Mit diesen Worten könnte man alle Privilegien bezeichnen; allein der neuere Sprachgebrauch hat sich dahin entschieden, darunter solche Privilegien zu verstehen, welche sich auf den fortdauernden Betrieb eines Erwerbsgeschäftes beziehen. (So Gewerbe-, Fabrikkonzessionen.)!“

Eine andere Bedeutung hat das Wort Konzession in unserer heutigen Gesetzessprache bekommen. Die Gewerbeordnung für das deutsche Reich nennt die Konzession neben der Approbation, dem Prüfungszeugnis, dem Befähigungszeugnis, der Genehmigung und der Erlaubnis eine „besondere Genehmigung“[7]). Hierdurch ist sowohl die Bedeutung der concessio gleich Verleihung, wie auch der Begriff concessio in der Bedeutung verliehenes Recht vollständig verwischt. Georg Meyer[8]) unterscheidet in seinem Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts eine Konzession

[1]) Vergl. hierzu Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts § 19. Abschn. II: Die Behörde verleiht (konzediert) einem Privaten ein Recht, das er bisher nicht besessen hat; seine individuelle Rechtssphäre wird erweitert. Man charakterisiert daher diesen Vorgang mit Grund als obrigkeitliche Konzession, Verleihung, z. B. Eisenbahnkonzession u. s. w.

[2]) Ähnliche Erscheinungen finden sich in der Rechtswissenschaft öfter.

[3]) Puchta, Pandekten S. 45.

[5]) Heute nennt man das durch die concessio verliehene Recht Privilegium.

[4])[6]) Schlayer a. a. O. S. 60.

[7]) Approbation § 29. Konzession §§ 30,1 und 34,3. Prüfungszeugnis §§ 30,2 und 30a. Befähigungszeugnis § 31. Erlaubnis §§ 32, 33, 33a, 33b und 34,1. Besondere Genehmigung § 34,3. Genehmigung §§ 40, 49, 50, 53, 54. vergl. auch § 16 der Gewerbe-Ordnung.

[8]) Georg Meyer a. a. O. S. 428.

im weiteren Sinne, die Approbation; unter Konzessionen im engeren Sinne versteht er die Konzessionen der §§ 30,1 und 34, 3 der Gewerbeordnung und die Erlaubnis, ebenso die Genehmigung zum Gifthandel, die auch eine Erlaubnis ist. Meyer bezieht die Konzessionen im engeren Sinne im allgemeinen auf den stehenden Gewerbebetrieb. Hier ist der ursprüngliche Sinn der Konzession ebenfalls nicht festgehalten. Rehm[1]) sagt: „Konzession ist die in Wissenschaft und Praxis vorherrschende Benennung; obrigkeitliche Genehmigung der regelmässige, Erlaubnis der ausnahmsweise Ausdruck in der Sprache der neueren Gesetze. Weiter sagt Rehm[2]): „Am wenigsten passend ist die Bezeichnung Genehmigung für den Gewerbebetrieb. Es ist zutreffender von Konzession und Erlaubnis zu sprechen. Von diesen Benennungen verdient hier, d. h. im Gewerbebetrieb der Ausdruck Erlaubnis den Vorzug!“ Ich schliesse mich soweit der Ansicht Rehms an, als er sagt, der Ausdruck Genehmigung sei im Gewerbebetrieb nicht passend, möchte aber gegen Rehm Otto Mayer folgen, der eine strenge Scheidung der Begriffe Konzession und Erlaubnis verlangt, da gerade im Apothekenprivilegienrecht die Scheidung beider Begriffe von grösster Bedeutung ist. — Otto Mayer[3]) sagt: „Das Zusammenwerfen beider Begriffe ist der Polizeierlaubnis weniger schädlich als der Konzession, an der dann der Gleichheit halber gern wesentliche Seiten übersehen werden!“ An anderer Stelle sagt Otto Mayer[4]): „Es ist zu beklagen, dass sich aus einer Zeit, wo man keinen Anlass hatte, die Rechtsinstitute scharf zu scheiden, das Wort Konzession als gleichbedeutend mit Polizeierlaubnis erhalten hat und fast allgemein auch in diesem Sinne gebraucht wird. Konzession ist aber ein ganz bestimmtes Rechtsinstitut von ganz anderer Art als die Polizeierlaubnis!“ Den Begriff Konzession definiert Otto Mayer[5])

[1]) Rehm, rechtl. Natur der Gew. Konzessionen S. 80.

[2]) Rehm, a. a. O. S. 80.

[3]) Otto Mayer, Deutsch. Verw. Recht Bd. II S. 295 Note 1.

[4]) Otto Mayer a. a. O. Bd. I S. 287. Note 1.

[5]) Otto Mayer a. a. O. Bd. II S. 294.

folgendermassen: „Verleihung, Konzession bedeutet einen Verwaltungsakt, durch welchen einem Untertanen Macht gegeben wird über einen Gegenstand der öffentlichen Verwaltung!“

In der Apothekengesetzgebung unterscheidet man, wie wir gesehen haben, Apothekenprivilegien, verkäufliche Apothekenkonzessionen und Apothekenpersonalkonzessionen. Diese drei Begriffe haben folgende Bedeutung: Unter Apothekenprivilegium versteht man den Rechtstitel, in welchem durch die concessio dem Apotheker ein Recht verliehen wird. Die concessio ist ein Akt der Privilegiengewalt. Das verliehene Recht wird ebenfalls Privilegium genannt. — Unter Apothekenkonzession versteht man die Urkunde, in der dem Apotheker durch einen Verawltungsakt die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb erteilt wird. Die erteilte Erlaubnis wird auch Konzession genannt. — Die verkäufliche Apothekenkonzession unterscheidet sich von der Apothekenpersonalkonzession dadurch, dass der Staat dem Inhaber einer verkäuflichen Konzession die Repräsentation eines Nachfolgers gestattet; bei der Personalkoncession ist die Repräsentation eines Nachfolgers nicht gestattet.

Handelt es sich also bei der Verleihung eines Privilegiums um die Verleihung eines Rechts durch einen Akt der Privilegiengewalt, so handelt es sich bei der Erteilung der sog. Apothekenkonzession um die Erteilung der Erlaubnis durch einen Akt der Verwaltung. Der Ausdruck Konzession ist hier deplaciert, denn es wird kein Recht konzediert, es wird nichts verliehen[1]). — In der älteren wie in der neueren Literatur wird oft von der „Erteilung“ eines Privilegs gesprochen. M. E. bringt das Wort „Verleihung“ mehr den Akt der Privilegierung zum Ausdruck; für den Verwaltungsakt, durch den die polizeiliche Erlaubnis gegeben wird, passt aber besser der Ausdruck „Erteilung“. In den Gewerbeprivilegien ist, wie wir im Abschnitt IV sehen werden, die Erlaubnis mit dem Privi-

[1]) Die Frage ob die Repräsentation eines Nachfolgers auf einem Recht basiert, gehört nicht in den Rahmen dieser Abhandlung.

legialrecht eng verbunden. Um beide klar auseinander halten zu können, werde ich von der Erteilung der Erlaubnis und der Verleihung des Rechts sprechen.

Eine eigenartige Erscheinung im Privilegienrecht ist die ‚extensio" der Privilegien. Dieselbe bezweckte eine Vermehrung oder Ausdehnung der verliehenen Rechte. Sie wurde vom Verleiher oder dessen Rechtsnachfolger gewöhnlich auf Bitten der Beliehenen oder deren Rechtsnachfolger ausgeübt. Wir haben in der geschichtlichen Entwicklung gesehen, wie die Apotheker ihre rechtliche Stellung zu verbessern suchten, wie allmählich aus den höchstpersönlich verliehenen Privilegien vererbliche, dann vererblich und veräusserliche, schliesslich Realrechte wurden. Dieses wurde in vielen Fällen durch die Extension erreicht. Dasselbe gilt für die Exklusivrechte. Solche Extensionen waren üblich, wenn der Landesherr eine Stadt oder Gemeinde besuchte oder wenn ein Landesherr beim Regierungsantritt Gnadenbeweise geben wollte. Diese Gelegenheiten benutzten die Städte und die Zünfte, aber auch die Apotheker; sie baten um Extension ihrer Rechte und Privilegien. Auch bei anderen Gelegenheiten erreichte der einzelne eine Vermehrung seiner Rechte, so besonders, wenn ein höchstpersönliches Recht zu erlöschen drohte.

Ihrem Wesen nach ist die extensio auch eine concessio. Oft lässt es sich nicht mehr entscheiden, ob ein weniger berechtigendes Privilegium einem weitgehenderen, z. B. einem Real- oder Exklusivprivilegium vorausgegangen ist, bei vielen Extensionen wird aber auch ausdrücklich auf das zuerst verliehene Recht Bezug genommen[1]). Wo dieses nicht der Fall ist, wird man eine neue Verleihung annehmen müssen. — Es gibt aber auch Extensionen, die durch ein allgemeines Gesetz, ähnlich wie eine Rechtsregel des jus singulare wirkend, durch die gesetzgebende Gewalt geübt wurden. Dieses war der Fall, wenn durch die Landesgesetzgebung alle Apothekenprivilegien für vererblich und

[1]) Vergl. im Anhang A. die Privilegienabschriften IIa, IIb und III.

veräusserlich erklärt wurden z. B. im § 2[1]) der preussischen revidierten Apothekerordnung vom 11. Oktober 1801. Es heisst da: „Die Apothekenprivilegia, welche einmal in einem Orte fundiert[2]) sind, sind sowohl erblich als überhaupt veräusserlich, es wäre denn, dass sie nur dem Besitzer für seine Person verliehen worden!“ Hier sind also alle nur vererblich verliehenen Privilegien zu vererblich und veräusserlichen extendiert worden. Auch oben erwähnte Auslegungsregel[3]) des Bayerischen Landrechts I, 2, 16 unter 5 kann als gesetzliche Extension in Betracht kommen, sie konnte die Umwandlung eines zweifelhaften Realrechts in ein zweifelloses Realrecht zur Folge haben. Die durch Extensionen verliehenen Rechte sind den durch Privilegien verliehenen Rechten gleichwertig.

An dieser Stelle ist noch eine zweite ähnliche Erscheinung im Privilegienrecht zu erwähnen, das ist die „confirmatio“[4]). Die confirmatio ist die nochmalige Zusicherung des Verleihers oder die Zustimmung seines Rechtsnachfolgers, dass das verliehene Recht auch von ihm anerkannt werde. Die confirmatio war bei den unsicheren Rechtsverhältnissen des Mittelalters wohl verständlich, in einem Staat mit geordneten Rechtsverhältnissen ist dieselbe überflüssig. — Wenn durch die Gewerbeordnung der Fortbestand der Realgewerbeberechtigung anerkannt wird, so liegt hier keine gesetzliche Konfirmation dieser Rechte vor, sondern nur die Proklamation des Standpunktes des Gesetzgebers. —

Eine besondere Form bei der Verleihung von Privi-

---

[1]) In demselben Paragraphen findet sich zugleich das Gegenteil der Extension, eine legale Einschränkung: „zur Besitzfähigkeit des Erwerbers gehört, dass er selbst gelernter Apotheker sei und als solcher von der Medizinalbehörde approbiert werde!“

[2]) R. G. E. vom 28. I. 1895 erklärt den Ausdruck fundiert so: Die Apotheke musste errichtet und der Betrieb derselben in Wirksamkeit gesetzt sein.

[3]) Vergl. oben Seite 68 Note 2.

[4]) Vergl. im Anhang A. die Abschriften I a und I b.

legien gab es nicht. Glück[1]) sagt über die Form landesherrlicher Reskripte und Privilegien (beneficia personalia) folgendes: „Sie müssen entweder vom Landesherrn selbst unterschrieben, oder wenigstens auf dessen Befehl von einem Minister oder dem Cabinets-Secretair unterzeichnet worden und mit landesherrlichem Siegel versehen seyn. — Sie müssen das Datum in der Unterschrift enthalten. Nach den Worten eines gewissen Gesetzes in dem Codex des Kaisers Justinian sollen zwar nur beneficia personalia, das heisst Gnadenreskripte „sine die et consule“ nicht gelten!“

Die Apothekenprivilegien, soweit ich dieselben eingesehen habe, tragen die Unterschrift und das Siegel der Verleiher, ebenso das Datum, in den meisten Fällen auch den Ort der Verleihung.

§ 2. Andere Entstehungsarten?

Es finden sich in der Literatur öfter die Fragen, ob ein Privilegium durch Verjährung begründet werden kann[2]) oder ob ein Privilegium durch Herkommen entstehen kann? — Diese Fragen sind zu verneinen. Privilegien können nur durch Verleihung entstehen. Es können aber Rechte, bei denen der Nachweis gehöriger Verleihung durch ein Privilegium nicht zu erbringen ist, dadurch anerkannt werden, dass der Nachweis gehöriger Verleihung durch Unvordenklichkeit ersetzt wird. Die Frage, ob dieser Nachweis durch Herkommen ersetzt werden kann, lässt nicht erkennen, ob Unvordenklichkeit oder Gewohnheitsrecht gemeint ist? Es sind also zwei Fragen zu beantworten.

Die Unvordenklichkeit kann den Nachweis gehöriger Verleihung ersetzen. Weshalb, wie und wann das geschehen kann, ist aus folgendem ersichtlich. Die Unvordenklichkeit entspringt, wie die Verschweigung deutscher Rechtsanschauung. Der Verschweigung lag die Idee zugrunde, dass jeder, der einen Zustand als unrechtmässig

[1]) Glück. a. a. O. Bd. I. S. 541.

[2]) So Windscheid a. a. O. S. 601 u. a.

erkannt hatte, ihn in einer bestimmten Zeit, meist in Jahr und Tag [1]) anfechten sollte. Die Unvordenklichkeit ergänzt diese Anschauung. Danach besteht der Zustand, der seit unvordenklicher Zeit unwidersprochen bestanden hat, zu Recht [2]). Der weitere Ausbau dieser Idee durch das gemeine Recht steht unter Einwirkung römischer Quellen, nach welchen die vetustas als ein Zustand cuius origo memoriam exessit beschützt wird [3]). Diese Einwirkung hatte zur Folge, dass sich in dem an und für sich relativen Begriff der Unvordenklichkeit eine positive und eine negative Forderung ausgebildet hat. Das positive Erfordernis geht auf den status vetustus, d. h. der Zustand muss seit unvordenklicher Zeit bestanden haben, die jetzt Lebenden kennen keinen anderen. In der Praxis ist ein Zeitraum von vierzig Jahren dafür festgesetzt worden. — Das negative Erfordernis geht auf defectus memoriae. Danach darf sich kein Mensch finden, der bezeugen will, dass er von seinen Vorfahren von der Entstehung des fraglichen Zustandes oder dem Vorhandensein eines anderen Zustandes unterrichtet sei. Auch hier hat man einen Zeitraum von vierzig Jahren angenommen; in beiden Fällen dem kanonischen Recht entlehnt. Dieses darf natürlich nicht dazu verleiten, den zweiten Zeitraum festzulegen, da ja dann die Unvordenklichkeit begrenzt werden würde, also keine mehr sein würde. Es können natürlich, da schon eine Bekundung von Hörensagen über den fraglichen Zustand die Unvordenklichkeit ausschliesst, wesentlich grössere Zeiträume in Frage kommen. Den Zeitraum von zweimal vierzig Jahren nennt man auch das Gedächtnis zweier Menschenalter. Endlich ist erforderlich,

[1]) Nach sächsischem Recht ein Jahr, dazu sechs Wochen Echtedingsfrist und drei Tage Dauer des echten Dings, zusammen 410 Tage. Lehnrechtlich ultra annum et mensem, so auch das A. L. R. Nach Heusler, deutsch. Priv. Recht Bd. I S. 59 in späteren Quellen schlechtweg für ein Jahr gebraucht.

[2] In den alten Reichsgesetzen z. B. in den Reichsabschieden von 1548, 1576 u. a. ist die Unvordenklichkeit anerkannt.

[3]) Einige Autoren führen das Institut deshalb auf römischen Ursprung zurück.

dass der Zustand als Rechtszustand[1]) bestanden hat, die wiederkehrende Ausübung muss die eines Rechtes gewesen sein. Derselbe muss auch seiner Natur nach eine unvordenkliche Übung zugelassen haben. Also muss die Ausübung eines Privilegiums die eines wirklichen Privilegialrechts sein. Es darf sich dabei nicht um Ausnutzung einer blossen Vergünstigung oder nur um eine bewusste Usurpation gegenüber Nachgiebigkeit oder Nachlässigkeit gehandelt haben. So Dernburg[2])

Die Unvordenklichkeit ist ihrem Wesen nach eine Rechtsvermutung d. h. es wird vermutet, dass ein Rechtszustand zu einer Zeit, die nicht mehr durch Menschengedenken kontrolliert werden kann, begründet worden sei. Ein rechtlicher Entstehungsgrund wird als vorhanden angenommen, durch gerichtliche Feststellung wird er bestätigt[3]). Handelt es sich um ein Privilegialrecht, so wird vermutet, es sei durch eine lex specialis begründet und die gerichtliche Feststellung dient als Beweis. Diese Auffassung wird aber bestritten, ihr steht die sogenannte Verjährungstheorie gegenüber[4]). Diese hält die Unvordenklichkeit für eine Ergänzung der ordentlichen Verjährung, sie ist nach kanonischem Recht ausgebildet. Hiernach ist die Unvordenklichkeit eine rechtserzeugende Tatsache, durch dieselbe wird ein neues, aber gleiches Recht hervorgebracht. Man nennt sie auch unvordenkliche Verjährung — praescriptio temporis immemorialis —[5]).

Das Resultat der Feststellung durch Unvordenklichkeit

---

[1]) R. G. E. Bd. XVII Nr. 29: „Durch die Unvordenklichkeit sollen nur solche Zustände, welche sich als Ausübung von Rechten darstellen, rechtlich gesicherten Bestand erhalten!“

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. I S. 380. Mit denselben Worten entschied das O. L. G. Naumburg am 21. 6. 1906.

[3]) So Dernburg, Gierke, Regelsberger, Unger u. a. Puchta sagt: „Der Beweis der Konzessionen kann durch Unvordenklichkeit ersetzt werden!“

[4]) Anhänger sind Windscheid, Beseler u. a.

[5]) So das bayrische Landrecht II, 4, § 9. Nach Oertmann a. a. O. S. 175 ist es auch hier bestritten, ob die Wirkung Beweismittel oder rechtserzeugende Tatsache ist?

ist immer nur objektives Recht, das subjektive Recht geht erst aus diesem hervor. Die Unvordenklichkeit kann für jedes Rechtsverhältnis in Frage kommen[1]), besonders oft wird sie für dingliche Rechte jeder Art, für Privilegien, Zwangs- und Bannrechte, Befreiung von Lasten und Abgaben usw. in Anspruch genommen werden können. Aber auch für Korporationsrechte, für den Adel, für Forderungsrechte auf wiederkehrende Leistungen u. a. findet sie Anwendung[2]).

Die Unvordenklichkeit ist von Apothekern öfter zur Anerkennung ihrer Rechte benutzt worden. In den meisten Fällen handelte es sich um die Ersetzung des Nachweises gehöriger Verleihung[3]). Ein Fall liegt vor, in welchem ein privilegium temporale durch Unvordenklichkeit als privilegium perpetuum anerkannt wurde[4]).

Im gemeinen Recht ist das Institut der Unvordenklichkeit anerkannt, ebenso in vielen Partikularrechten, so z. B im württembergischen[5]), im bayrischen u. a. Für das Gebiet des bayrischen Landrechts sind die bezüglichen Bestimmungen des Landrechts aufgehoben[6]); für die Privilegien gilt aber noch eine Sonderbestimmung aus dem Landrecht I. 2. § 16 Nr. 2. Es heisst hier: „Privilegien können durch dreissigjährigen ruhigen Gebrauch erlangt werden!“ Diese Bestimmung ist

---

[1]) Savigny a. a. O. IV S. 514 will die Unvordenklichkeit nur auf den Privatbesitz solcher Rechte beschränkt wissen, welche einen publizistischen Charakter an sich haben; andere wieder wollen gerade die publizistischen Verhältnisse ausgeschlossen wissen. Vergl. Seuffert, Archiv für Entscheidungen I Nr. 170.

[2]) Das bürgerliche Gesetzbuch hat das Institut der Unvordenklichkeit nicht angenommen, weil es seinem Prinzip, die juristischen Tatsachen möglichst scharf zu fassen, widerspricht.

[3]) So Entscheidung des O. L. G. Naumburg vom 21. VI. 1906. Hier ist nach gemeinem Recht entschieden. Es handelte sich um eine Naumburger Apotheke. Naumburg gehörte früher zu Kursachsen.

[4]) R. G. E. v. 4. II 1905. Ebenfalls nach gemeinem Recht. Auch diese Apotheke gehörte früher zu Kursachsen.

[5]) Wächter a. a. O. Bd. II. S. 832.

[6]) Oertmann a. a. O. S. 176. „Für Bayern ergibt sich die Abschaffung der einschlägigen Sätze des Bayrischen Landrechts — es sind insbesondere II, 4 § 6 Nr. 3 und § 9, — aus dem A. G. zum BGB Art. 1.

auch für die Apothekenprivilegien massgebend[1]). Das preussische Recht kennt die sogenannte unvordenkliche Verjährung nicht. Nach diesem Recht können daher Privilegien auf Grund langer Zeit nur dann zur Geltung kommen, wenn sie das sogenannte Normaljahr für sich haben oder wenn durch besonderes Gesetz der Erwerb der fraglichen Gerechtsame durch Verjährung verstattet ist. (Dernburg, Preussisches Privatrecht S. 45.) Über das Normaljahr bestimmt das A. L. R. I. 9. § 641 folgendes: „Der vollständige ruhige Besitz einer Sache oder eines Rechtes im Jahre 1740 schützt den Besitzer, in allen Fällen, gegen die Ansprüche des Fiskus!“ Später ist für die Landesteile des westpreussischen Provinzialrechts das Jahr 1797 als Normaljahr (annus decretorius), für die Rheinprovinz der Normaltag (dies decretorius), der erste Januar 1815 hinzugekommen[2]).

In Bezug auf die Apothekenprivilegien hat das Normaljahr folgende Bedeutung. Alle Apothekenprivilegialrechte, die jemand bis zum 31. Dezember 1740 bezw. 1797 oder 1. Januar 1815 im juristischen Besitz hatte, werden vom Fiskus anerkannt, auch wenn der Begründungstitel fehlt. Selbst der Nachweis angeblicher Unredlichkeit des Besitzes wird nicht zugelassen. Ein Nachweis der heimlichen, gewalttätigen, der prekaristischen Besitzergreifung nimmt dem Besitz die Wirkung, da in diesen Fällen der Besitz nicht als vollständiger und ruhiger zu erachten ist[3]). Auch hier wird, wie bei der Unvordenklichkeit, der Nachweis gehöriger Verleihung vermutet und ein rechtlicher Entstehungsgrund wird als vorhanden angenommen. Es kann aber von diesem Besitzrechte zum Nachteil anderer Mitbürger des Staats kein Gebrauch gemacht werden. — Nun kann aber, wie Dernburg sagt, nach preussischem Recht der Erwerb einer fraglichen Gerechtsame auch durch ungewöhnliche Verjährung erfolgen, wenn derselbe durch ein

[1]) Für die vorbehaltenen Materien, dazu gehören die Realgewerbeberechtigungen, gilt das Landrecht weiter. Oertmann ib. S. 177.

[2]) So Dernburg, Preuss. Privatrecht S. 402 ff.

[3]) A. L. R. Teil I § 642 Teil IX.

besonderes Gesetz gestattet ist. Unter ungewöhnlicher Verjährung versteht das A. L. R. jede Verjährung, deren Lauf aus besonderen Gründen mehr als dreissig Jahre verlangt. Das Privilegium der ungewöhnlichen Verjährung hat der Fiskus. Die Frist beträgt vierundvierzig Jahre[1]). Hier wird die Redlichkeit des Besitzes verlangt, ein Begründungstitel aber auch nicht. Das preussische Oberverwaltungsgericht hat sich in einer Entscheidung vom 19. XI. 08 auf den Standpunkt gestellt, dass auch Apothekenprivilegialrechte auf diese Weise erworben werden können, d. h der Nachweis gehöriger Verleihung kann so ersetzt werden[2]).

Wesentlich für alle diese Entstehungsarten ist, dass sich die Verjährung bis zu dem Zeitpunkt vollzogen haben muss, wo in den betreffenden Staaten die Verleihung solcher Privilegien aufgehoben ist oder wo diese Privilegien für ablösbar erklärt sind[3]). — Hiermit sind die Fragen, wieweit Privilegien durch Verjährung begründet werden können, erschöpft.

Es ist nun noch die Frage zu beantworten, ob ein Privilegium durch Gewohnheitsrecht begründet werden kann? — Hier sind die Ansichten sehr geteilte. Nach Gierke[4]) kann sich ein Gewohnheitsrecht für ein dauerndes Einzelverhältnis bilden und somit einen sich in der Setzung eines Rechtsverhältnisses erschöpfenden Rechtssatz, ein Privilegium im objektiven Sinne, hervorbringen. Gierke sagt, in den Entscheidungen, die dieses verneinen, wird die Erzeugung eines solchen Rechtssatzes mit der unmittelbaren

---

[1]) Die vierzigjährige, privilegierte Verjährungsfrist des gemeinen Rechts und das quadriennium restitutionis in integrum.

[2]) Dernburg führt die Fälle S. 45 Anm. 9 auf, darunter befinden sich die Gewerbeprivilegien nicht. Koch a. a. O. S. 540 Note 52 sagt aber, die Verjährung gilt auch für Gewerbeprivilegien, solange sie nicht aufgehoben oder für ablösbar erklärt sind.

[3]) In der oben erwähnten Entscheidung des O. L. G. Naumburg vom 21. VII. 06 musste sich die Unvordenklichkeit bis zum 1. III. 1817 vollzogen haben, dem Tage, wo in den ehemalig kursächsischen Gebietsteilen der Erwerb neuer Privilegien ausgeschlossen wurde.

[4]) Gierke a a. O. Bd. I S. 305 Anm. 10. so auch Regelsberger u. a.

Begründung von Rechtsverhältnissen, die freilich nur durch Verjährung möglich ist, verwechselt. Örtmann sagt[1]: „Das Privileg kann, wie jedes Recht, durch Gewohnheit entstehen. Diese ist ja dem Gesetze, sowohl im allgemeinen als auch in Bayern im besonderen, als Rechtsquelle gleichgestellt!“ Dernburg[2]) sagt: „Nach preussischem Recht ist eine Begründung durch Observanz — praeter legem — denkbar!“

Ich folge hier der Ansicht Gierkes, die auch von Windscheid vertreten wird. Das Rechtsverhältnis kommt beim eigentlichen Privilegium zwischen dem Inhaber der Privilegiengewalt, also einer gesetzgebenden Macht, und einem Untertanen zustande. Das Rechtssubjekt muss von dieser Rechtsordnung bestimmt, das Rechtsverhältnis von derselben konkretisiert sein. Das Recht wird von der Rechtsordnung verliehen, d. h., sie sondert es aus ihrem Machtbereich aus und gibt es dem zu Privilegierenden. Das Gewohnheitsrecht kann nicht ein Recht verleihen, worüber unbestritten der Staat zu verfügen hat.

Die Entstehungsarten durch Herkommen haben sicher auch viele Apothekengerechtigkeiten hervorgebracht; besonders zu der Zeit, da die Unvordenklichkeit im Rechtsleben noch eine grosse Rolle spielte. Das Apothekergewerbe ist, wie wir gesehen haben, erst auf Grund einer polizeilichen Erlaubnis betrieben worden, die Rechte haben die Apotheker allmählich erworben, der eine früher, der andere später. Gerade diese Ungleichmässigkeit der Rechtsverleihung war ein fruchtbarer Boden für die Unvordenklichkeit. In Bezug auf die Apotheken, die in den Klöstern entstanden waren und die erst später an Private verkauft wurden, ist mit ziemlicher Sicherheit anzunehmen, dass die Rechte derselben durch Unvordenklichkeit begründet sind, denn die Klöster bedurften zur Anlage der Apotheken keiner Erlaubnis.

---

[1]) Oertmann. a. a. O. S. 28.

[2]) Dernburg, Preuss. Priv. Recht S. 45. Note 8.

Kapitel 3.

Einteilung und Interpretation.

§ 1. Einteilung.

Schon in der ersten Zeit, in der sich die Wissenschaft mit den Privilegien beschäftigte, versuchte man diese Materie durch Schematisierung und Einteilung zu klären, oft mit dem Erfolg das Gegenteil erlangt zu haben. Viele dieser Einteilungen sind auf die Apothekenprivilegien anwendbar.

Eine Einteilung nach öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Inhalt war seiner Zeit nicht durchführbar, da fast das ganze Recht von Privilegien beherrscht war. Dann teilte man in *privilegia contra jus* und *praeter seu ultra jus* ein. Auch dieses führte zu keinem Resultat.

Irreführend wirkte die Einteilung in *privilegia affirmativa* und *negativa*. Erstere räumen dem Privilegierten Befugnisse ein und gewähren ihm etwas, was an und für sich nicht in seinem Machtbereich liegt. Hierzu gehören die Apothekenprivilegien. Die privilegia negativa dagegen gestatten eine Unterlassung oder befreien von einer Leistung des jus commune. Auch solche Rechte sind oft in den Apothekenprivilegien neben dem Hauptrecht zu finden, so Befreiungen von Steuern, Einquartierungslasten, Gemeindediensten usw. Irreführend wirkte diese Einteilung, weil sie verschiedene Autoren[1]) dazu veränlasst hat, die Dispensation unter die privilegia negativa einzureihen. Hinschius[2]) scheidet beide folgendermassen: „Dispensation ist die Aufhebung der Wirksamkeit eines Gesetzes oder eines Rechtssatzes für einen bestimmten Einzelfall oder für einen bestimmten konkreten Tatbestand. Die Dispensation hat demnach begrifflich nur einen negativen Charakter.

[1]) So Unger a. a. O. Bd. I S. 52. Regelsberger a. a. O. Bd. I S. 124. von Wächter, Pandekten Bd. I S. 89 u. a.

[2]) Hinschius a. a. O. S. 789 und 805.

Das Privilegium erfüllt die positive Funktion, neues und zwar Spezialrecht zu schaffen. Allerdings beseitigt das Privilegium ebenfalls zugleich die Geltung des gemeinen Rechts für das enge Gebiet, welches es zum Gegenstand seiner Regelung macht, aber prinzipiell und definitiv, um für dasselbe an Stelle des bisherigen gemeinen Rechts eine andere Norm zu setzen, während die Dispensation gerade den Rechtssatz, in Bezug auf welchen sie erfolgt, in Kraft lässt!" Nach v. Gerber[1]) liegt die entscheidende Charakteristik darin, dass die Dispensation eine Verfügung über die Art der Vollziehung eines Rechtssatzes ist, aus welcher eine subjektive Berechtigung des Begünstigten erst sekundär hervorgeht; während das Privilegium das subjektive Recht unmittelbar und primitiv konstruiert[2]). Ich schliesse mich diesen Ausführungen an und habe so auch oben erwähnte Befreiungen zu den negativen Privilegien gezählt.

Die Einteilung der Privilegien nach der Geltungsdauer in *privilegia temporalia* und *privilegia perpetua* spielte früher für die Apothekenprivilegien eine grosse Rolle. Die privilegia temporalia umfassen die auf Zeit verliehenen Privilegien. Ob dieselben auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, wie die Lebenszeit des Beliehenen und seiner Erben, oder auch des Verleihers, verliehen sind, kommt bei der Einteilung nicht in Betracht. Auch die unter einer Resolutivbedingung verliehenen Privilegien zählt man hierher. Diese und die für Lebensdauer des Verleihers oder des Beliehenen verliehenen und die vererblichen Apothekenprivilegien waren privilegia temporalia, die vererblichen und veräusserlichen sind privilegia perpetua.

Privilegia gratiosa nennt man die Privilegien, bei deren Verleihung das Motiv eine blosse Gunstbezeugung war, *remuneratoria,* wenn eine Entlohnung mit der Verleihung stattfinden sollte. Auch bei der Verleihung der Apothekenprivilegien haben diese Motive zuweilen eine Rolle gespielt.

[1]) v. Gerber a. a. O. S. 471.

[2]) Ähnlich Gierke, Dernburg u. a.

Wenn Duden[1]) sagt, die geschichtliche Entwicklung widerlege den Wahn, als ob die Apotheken und ihre Rechte eine nackte Schöpfung der Gnade seien, so ist dagegen im allgemeinen nichts einzuwenden. Dennoch ist bei der Verleihung eines Apothekenprivilegiums öfter eine Gunstbezeugung oder Belohnung des Beliehenen beabsichtigt worden. Derartige Verleihungen sind aus der Geschichte bekannt.

Die Einteilung in *privilegia favorabilia* und *odiosa* ist, seitdem man die Ansicht vertritt, dass ein Privilegium Begünstigungen setzen müsse, wertlos geworden. Hiervon ist bereits im Abschnitt II Kapitel 3 gesprochen. Die Apothekenprivilegien sind, wie eben alle eigentlichen Privilegien, privilegia favorabilia.

Es findet sich auch die Einteilung in *privilegia gratuita* und *onerosa*, je nachdem dem Beliehenen besondere Pflichten auferlegt sind oder nicht. Es handelt sich hier nicht um Verbindlichkeiten, die dem Privilegialrecht entsprechen, sondern um besondere Verbindlichkeiten. Diese dürfen dem Beliehenen nicht als Korrelate zu den Privilegialrechten auferlegt sein. Vergleiche Abschnitt III Kapitel 2 § 1, II. Da es sich hier um Vertragspflichten handelt, die nebenhergehenden Verträgen, die auch in der Urkunde aufgenommen sind, entspringen, so hat man wieder eine Einteilung in *privilegia conventionalia* und *non conventionalia seu pura* gemacht. Sind Verträge geschlossen, die den Beliehenen verpflichten, so heissen die Privilegien privilegia conventionalia. Zu diesen zählen besonders die Privilegien, in denen der Beliehene zur Zahlung eines Kanons verpflichtet wurde. Solche Apothekenprivilegien sind heute noch vorhanden[2]). Die privilegia non conventionalia sind ohne eine Verpflichtung des Beliehenen, aus freien Stücken vom Verleiher verliehen worden und besagt der Ausdruck dasselbe wie privilegia gratuita. Da diese beiden Einteilungen die Privilegialrechte nicht tangieren, sondern sich

[1]) Duden a. a. O. S. 15 f.

[2]) Vergl. oben Absch. IV Kap. 3 § 2.

nur auf nebenbei geschlossene Verträge beziehen, so sind dieselben nicht sehr glücklich gewählt.

Die Einteilung in *privilegia administrativa* und *legislativa* soll dartun, ob die Verleihung ein Akt der Gesetzgebungsgewalt oder ein Akt der Verwaltung gewesen ist[1]). Hierzu vergleiche Abschnitt III Kapitel 2 § 1, III.

Die Einteilung in *privilegia rei, causae et personae* unterscheidet, ob das Recht an eine bestimmte konkrete Sache geknüpft ist, in dem Fall spricht man von privilegia rei oder realia; ob an ein Rechtsverhältnis in der Weise, dass jeder Person, welche in dieses Rechtsverhältnis tritt, das Recht zusteht, diese heissen privilegia causae; oder ob das Recht einer individuell bestimmten Person verliehen ist, diese Privilegien werden privilegia personae oder personalia genannt. — Der Begriff „privilegium reale" spielt für die Gewerbeprivilegien eine grosse Rolle, in der neuen Gesetzgebung hat derselbe zum Teil auch das privilegium personale mitumfasst; vergl. hierzu Abschnitt IV Kapitel 5 § 1. Die privilegia causae kommen für die Gewerbeprivilegien nicht in Betracht[2]) Die privilegia personalia waren entweder an die Person in der Weise geknüpft, dass sie mit derselben untergingen, die Rechte waren höchstpersönlich, man spricht dann von privilegia personalissima; oder sie waren vererblich oder vererblich und veräusserlich. Für die Apothekenprivilegien spielen heute nur noch die vererblichen und veräusserlichen Rechte eine Rolle, man nennt dieselben deshalb auch kurz persönliche Privilegien, privilegia personalia.

Endlich unterscheidet man *privilegia ordinaria* und *privilegia exclusiva,* je nachdem dem Beliehenen ein Verbietungsrecht[3]) eingeräumt ist oder nicht. Diese Erscheinung ist dem Gewerbeprivilegienrecht eigen. Vergleiche hierzu Abschnitt IV Kapitel 3 § 1.

[1]) Regelsberger a. a. O. Seite 123.

[2]) Diese Einteilung wird von manchen Autoren für überflüssig gehalten. Vergl. Hufeland a. a. O. S. 252, Wächter a. a. O. Bd. II S. 336. Regelsberger a. a. O. S. 124 bringt dieselbe wieder.

[3]) Vergl. hierzu unten S. 149.

§ 2. Die Interpretation.

Um den Inhalt und die Wirkung der Privilegien zu bemessen, hat man geglaubt, besondere Interpretationsregeln für dieselben aufstellen zu müssen. Verschiedene Rechtsquellen des römischen, wie des kanonischen Rechts[1]) haben zu einer ausgedehnten Kontroverse darüber geführt. Dig. I. 4. l. 3 de constitutionibus principum heisst es: *benficium Imperatoris quam plenissime interpretari debemus!* Eine zweite Stelle C. XII. 21. const. 2 sagt: *Hac saluberrima sanctione decernimus . . . ita tamen, ut privilegia . . . intacta inviolataque custodiantur, quum perabsurdum perque temerarium sit; hanc nostrae liberalitatem pietatis quemquam astuta interpretatione non ad augmentum anteriorum privilegiorum, sed ad deminutionem convertere concedi!* Hinschius[2]) sagt: „Zunächt entscheidet der Wortlaut und dann die ratio legis. Soweit das Privilegium reicht, soweit soll es auch seine Wirksamkeit äussern. Daher ist die abstrakte Regel: „privilegia sunt stricte interpretanda," falsch. Beseler[3]) sagt: „Der anomalische Charakter der Privilegien bringt es mit sich, dass sie einer strengen Auslegung unterzogen werden, doch darf dieses nicht soweit gehen, dass man dem bestimmten Sinn der Verleihung Gewalt antue, dieser ist vielmehr als die entscheidende Norm zu betrachten. Selbst eine interpretatio strictissima hat nicht den Zweck, dem Sinn einer Norm Gewalt anzutun. Die aus Privilegien erworbenen Rechte sind wohlerworbene Rechte und dürfen auch nicht durch Interpretation geschmälert werden!" Das A. L. R.[4]) verlangt: „Privilegien und verliehene Freiheiten müssen in zweifelhaften Fällen so erklärt werden, wie sie am wenigsten zum Nachteile eines dritten gereichen. Im übrigen sind die verliehenen Privilegien und Freiheiten so zu deuten, dass die wohl-

[1]) Schlayer a. a. O. S. 77 führt noch Innocenz III in X. III. 24 de donat. cap. 6 und X. V. 33 de privileg. cap. 21. an.

[2]) Hinschius a. a. O. S. 815.

[3]) Beseler a. a. O. S. 163 f.

[4]) A. L. R. Einleitung § 54 und § 55.

tätige Absicht des Gebers dabei nicht verfehlt und vereitelt werde!“ Das Bayrische Landrecht[1]) sagt: „Leiden zwar die privilegia ob identitatem rationis keine interpretationem extensivam von einer Person auf die andere, oder von einem Fall auf den anderen, sonderbar, wenn solches der offenbaren Billigkeit, dem Recht eines dritten oder gar dem gemeinen Besten entgegen wäre; doch soll man dieselben auch nicht gar zu genau oder so weit einschränken, dass ihnen alle Wirkung dadurch benommen wird!“ Heute ist man in der Rechtswissenschaft darüber einig, dass neben der grammatischen Interpretation eines Gesetzes auch die logische Interpretation berücksichtigt werden muss. Aber auf welche Schwierigkeiten stösst man, wenn man zur Auslegung der alten Privilegien die ratio legis, die occasio legis oder die Motive zur Verleihung heranziehen will? Die einzigen Quellen, soweit solche überhaupt vorhanden sind, sind die Privilegien selbst. Die in denselben vorhandenen Verträge und Vereinbarungen müssen bei der Auslegung berücksichtigt werden; so hat, wie wir gesehen haben[2]), das Bayrische Landrecht sogar die Auslegung angeordnet, dass im Zweifel die Privilegien, die durch einen beschwerlichen Titel erlangt sind, für reale erklärt werden. Im allgemeinen wird aber bei der Auslegung der Privilegien immer die grammatische Interpretation im Vordergrund stehen. Die zur Auslegung herangezogenen Quellen möchte ich so verstehen, wie Schlayer[3]) angibt. Er sagt: „Ein Privilegium soll so erklärt werden, dass die darin enthaltene Rechtswohltat nicht unnötig eingeschränkt wird: es soll im vollsten Wortsinn genommen werden, so dass kein Fall, der noch unter die Worte desselben fällt, davon ausgenommen werden darf. Aber auch nicht weiter soll ein Privilegium ausgedehnt werden, als der vollste Wortsinn geht. Wie im Zweifel anzunehmen ist, dass Rechte dritter durch ein Privilegium nicht sollen gekränkt werden, so ist

[1]) I. 2, § 16 Nr. 7.

[2]) Vergl. Abschnitt III Kap. 2. § 1, II.

[3]) Schlayer a. a. O. S. 78 ff.

auch ein Privilegium im allgemeinen auf eine Art auszulegen, dass das öffentliche Interesse nicht darunter leidet[1]). Wo aber das Privilegium bei einer solchen einschränkenden Auslegung seine Kraft verlöre, da ist dieselbe ausgeschlossen, wie beim entgegenstehenden Wortlaut!"

Früher ist öfter der Gedanke ausgesprochen worden, dass die Privilegien nur authentisch ausgelegt werden können[2]). Dieses geht natürlich zu weit. Aber die Verleiher und deren Rechtsnachfolger haben in zweifelhaften Fällen oft Privilegien interpretiert, so ist ein Fall bekannt, in dem durch authentische Interpretation ein nur vererblich verliehenes Apothekenprivilegium als vererblich und veräusserlich erklärt wurde.[3]) Solche Fälle ähneln den Extensionen der Privilegien, es sind aber keine. Die Extension ist, wie schon oben erwähnt wurde, eine Verleihung, während hier das früher verliehene Privilegium vom Verleiher oder dessen Rechtsnachfolger ausgelegt wurde.

Eine authentische Legalinterpretation liegt vor, wenn eine spätere Rechtsnorm die Tragweite einer Privilegialrechtsnorm bestimmt. Solche Gesetze sind erlassen worden, als die weitere Verleihung von Gewerbegerechtigkeiten verboten wurde und die Staaten eine feste Stellung gegenüber den bestehenden Gerechtigkeiten einnahmen. Als Reichsgesetz in diesem Sinne ist die Gewerbeordnung in den einschlägigen Paragraphen anzusehen.[4]) Wie in jedem

[1]) A. L. R. Einl. § 57 sagt: „Ausserdem sind alle dergleichen besonderen Gesetze und Verordnungen so zu erklären, wie sie mit den Vorschriften des gemeinen Rechts, mit dem Hauptzwecke des Staates am nächsten übereinstimmen."

[2]) Vergl. Hufeland a. a. O. S. 237 f.

[3]) Es handelt sich um ein im Jahre 1805 verliehenes preussisches Privileg, das 1824 authentisch interpretiert wurde, zu einer Zeit, wo der preussische Staat bereits durch Erlass des Gewerbesteuergesetzes vom 2. XI. 1810 die Verleihung von Privilegien inhibiert hatte, also eine Extension nicht mehr zulässig war.

[4]) Solche Landesgesetze sind: Die Preussische revidierte Apothekerordnung vom 11. X. 1801. Eine Bayrische Kurfürstliche Entschliessung von 1804. Das Bayr. Gewerbegesetz von 1825. Das sächsische Mandat vom 17. X. 1820 u. a.

Recht, so ist auch im Privilegienrecht eine Bildung solcher Rechtsnormen durch das Gewohnheitsrecht denkbar, werden diese zur Auslegung herangezogen, so spricht man von einer authentischen Usualinterpretation. Während neue Rechtsnormen regelmässig nur in Zukunft wirken, ist die Interpretationsnorm auch auf frühere Fälle anzuwenden, denn sie schafft kein neues Recht, sondern legt nur den Inhalt des bisherigen Rechts aus.[1])

Nicht anwendbar im Privilegienrecht ist die Analogie. Der Satz: ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio gilt hier nicht. Paulus sagt l. 141. D. 50, 17: *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias!*[2]) Die eigentlichen Privilegien sind Normen contra rationem juris. Die Anwendung einer für eine individuell bestimmte Person und für einen konkret bestimmten Tatbestand geschaffenen Norm auf eine andere Person und auf einen gleichen Tatbestand wäre nicht mehr Rechtsauslegung, sondern Rechtsschaffung. Die Analogie geht in ihrer Anwendung über den Willen des Gesetzgebers hinaus, das Privilegienrecht fordert eine strenge Interpretation des Willens des Verleihers.

Die Interpretationsregeln des Privilegienrechts gelten für die Rechtsnormen der Privilegien und für die Entstehung und den Untergang der Privilegialrechte. Was die Rechte selbst anbetrifft, so sind diese keineswegs annomal, sie folgen auch in der Auslegung derjenigen Klasse, der sie angehören.

---

[1]) Liegt eine rechtskräftige Entscheidung vor, darf diese nicht auf Grund dieser Gesetze angefochten werden.

[2]) Über die Analogie beim jus singulare vergl. oben Abschnitt II Kap. 2.

Kapitel 4.

Untergang der Privilegien.

§ 1. Die Aufhebung der Privilegialrechtsnorm.

Die Privilegien können einmal durch die Aufhebung der Privilegialrechtsnorm untergehen; dann kann auch das Privilegialrecht erlöschen, wie jedes andere Recht; hierdurch verliert die Norm ebenfalls ihre Rechtskraft. Die Meinung über die Aufhebung der Privilegien war früher eine andere. Zu den Zeiten, als die Privilegien das ganze Rechtsleben beherrschten, wurden Privilegien leichthin verliehen, aber auch leichthin aufgehoben. Das Bestreben, die Privilegienwirtschaft einzudämmen, hatte zur Aufhebung Mittel ersonnen, die im heutigen Rechtsstaat nicht mehr anwendbar sind, auch nicht mehr angewendet zu werden brauchen, weil alle Privilegien, die irgendwelche rechtliche Mängel hatten, mit der Zeit ausgemerzt sind.

Eine grosse Rolle spielte der Widerruf der Privilegien, das heisst, der Verleiher selbst widerrief das Privilegium und hob dadurch das Recht auf. Nach der älteren Theorie entsprang das Recht des Widerrufs der Privilegiengewalt des Verleihers; man hielt die Privilegialrechte für Rechte, die durch die eigenmächtige Verleihung der Eigenmacht des Verleihers unterworfen blieben[1]). Aber schon Glück[2]) wendet sich gegen diese Theorie. Er sagt: „Nach der richtigeren Meinung der Rechtsgelehrten kommt es vielmehr darauf an, ob sich der Erteiler des Privilegiums den Widerruf vorbehalten hat oder nicht!“ Die alte Ansicht findet sich

[1]) Nach kanonischem Recht gilt diese Theorie noch heute. Hinschius a. a. O. S. 818 sagt, der Widerruf ist durch einen Willensakt des Papstes unter allen Umständen wirksam, gleichgültig ob der Verleiher sich denselben im Privilegium vorbehalten hat oder nicht.

[2]) Glück a. a. O. Bd. II S. 33 f. ist zu diesem richtigen Resultat durch die falsche Ansicht, dass der Akt der Verleihung eine Schenkung, ein einseitiger Vertrag sei, gekommen. Vergl. hierzu oben Seite 64.

z. T. aber auch noch in der neueren Literatur. So sagt Parey[1]): „Ein Privilegium, welches der Landesherr kraft seines Majestätsrechts verliehen hat, kann auch von ihm ohne Widerspruch widerrufen werden, sobald dem Privilegierten materielle Nachteile daraus nicht erwachsen!“ Auch Pözl[2]) spricht von einem „von der Staatsgewalt verliehenen und darum widerruflichen Recht“. Hiergegen wendet sich Kormann[3]), derselbe sagt: „Derartige Behauptungen sind Reste aus einer Zeit, wo das öffentliche Recht noch à discrétion der Behörde, besonders des Landesherrn stand!“ — Hat sich aber der Verleiher den Widerruf vorbehalten, so handelt es sich um einen Widerruf kraft gesetzlichen Vorbehalts; Kormann nennt denselben „gesetzlichen Widerrufsvorbehalt“, weil der Widerruf und der gesetzliche Vorbehalt sich hier decken. Soweit es aber, sagt Kormann, an einem solchen gesetzlichen, verordnungsmässigen oder rechtsgeschäftlichen, ausdrücklichen, mindestens aber stillschweigenden Widerrufsvorbehalt fehlt, kann ein Widerruf „aus Gründen des öffentlichen Interesses“ keineswegs als zulässig erachtet werden. Auf diesem Standpunkt stehen auch Gierke, Dernburg, Regelsberger u. a.

Dann wurde die Frage aufgeworfen, ob ein Privilegium mit Widerrufsvorbehalt mit dem Tode des Verleihers erlösche? — Nach kanonischem Recht wird auch diese Frage bejaht. Schlayer[4]) sagt aber: „Niemand wird behaupten, dass, wenn hier Widerruf vorbehalten wurde, mit dem Tode des jeweiligen Staatsoberhauptes das Privilegium ipso jure widerrufen sei. Der Verleiher handelt bei der Verleihung nicht als Privatmann, sondern als Repräsentant des Staates. Es muss ausdrücklich bestimmt sein, dass das Privilegium nicht länger als auf die Regierungszeit des gegenwärtigen Regenten dauern soll!“ Ich schliesse mich hier der Ansicht Schlayers an, natürlich geht der Vorbehalt des Widerrufs

[1]) Parey, Preuss. Verwaltungsrecht Bd. II S. 57.
[2]) Pözl, die bayer. Wassergesetze vom 28. V. 1852 S. 68.
[3]) Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte S. 330 ff.
[4]) Schlayer a. a. O. S. 92 f.

auch auf die Nachfolger des Verleihers über. Ein Inhaber der Privilegiengewalt kann also heute noch ein Privilegium, in dem der Widerruf vorbehalten ist, aufheben.

In den Apothekenprivilegien findet sich der gesetzliche Widerrufsvorbehalt sehr häufig durch die Worte ausgedrückt: „Jedoch behalten Wir uns vor, jederzeit das Privilegium zu mindern, zu mehren oder gar aufzuheben!“ Viele dieser Privilegien haben denselben Ursprung, so dass man auf den Gedanken kommen könnte, es sei dieses eine immer wiederkehrende Formel, die nur das Hoheitsrecht des Verleihenden zum Ausdruck bringen soll. Das ist aber nicht richtig, denn andere Privilegien aus derselben Quelle enthalten den Satz nicht; oft war es auch den Privilegieninhabern gelungen, ein neues Privilegium ohne diesen Vorbehalt zu erlangen[1]), ein Zeichen, dass der Vorbehalt doch mehr als eine blosse Formel ist. Die Privilegien sind strictissime zu interpretieren, man darf einen solchen Vorbehalt nicht übersehen.

Für diejenigen Apothekenprivilegien, die in einem Orte fundiert sind, in welchem die preussische revidierte Apothekerordnung vom 11. Oktober 1801 Gesetzeskraft hat, sind diese Vorbehalte durch den § 2 des Gesetzes aufgehoben worden. Es heisst in demselben: „Die Apotheken-Privilegia, welche einmal in einem Orte fundiert[2]) sind, sind sowohl erblich als überhaupt veräusserlich . . .“ Das Gesetz hat also diese Privilegien für erblich als überhaupt veräusserlich erklärt. Damit ist die bedingte Vererblichkeit und Veräusserlichkeit, wie sie durch die Vorbehalte gegeben waren, aufgehoben.

Weiter ist gefragt, ob ein Privilegium widerrufen werden könne, wenn der Privilegierte dasselbe missbraucht? Veranlasst wurde diese Frage durch die Stelle des kanonischen Rechts[3]): *quia privilegium meretur amittere qui permissa*

[1]) Vergl. im Anhang A. die Privilegienabschriften IIa und IIb.

[2]) „Fundiert“ bedeutet nach R. G. E. v. 28. I. 1895 „Durch Errichtung und Betrieb einer Apotheke in Wirksamkeit gesetzt.“

[3]) C. 24. X. de privilegiis 5. 33. Ähnlich auch cod. Justinian. XI. 42

sibi abutitur potestate. Teils stellte man aus dieser Stelle die Lehre von der Verwirkung jedes Privilegs durch Missbrauch auf [1]), teils zog man daraus den Schluss, dass der Richter befugt sei, die Ungültigkeit eines Privilegs wegen Missbrauchs auszusprechen [2]). — Aus diesen Stellen ist aber lediglich nur eine Befugnis des Gesetzgebers herzuleiten, ipso jure geht das Privilegium deshalb nicht unter [3]). Zur zweiten Schlussfolgerung sagt Schlayer [4]): „Nirgends wird aber dem Richter ein solches wahrhaft exorbitantes Recht zugesprochen!“ In das allgemeine Landrecht ist die Doktrin aber übernommen, nach § 72 Einleitung hatte der Richter darüber zu entscheiden; es stand somit dem Richter die Befugnis zu, eine Rechtsnorm aufzuheben [5]). Gemeinrechtlich steht man heute auf dem Standpunkt, dass der Missbrauch eines Privilegiums nur einen Eingriff des Gesetzgebers veranlassen kann und dass die übliche Entschädigung dann nicht geleistet zu werden braucht. Jedoch wird immer eine justa causa und zwar ex ratione salutis publicae vorliegen müssen [6]). Das im Apothekenprivilegium genau abgegrenzte Recht dürfte so leicht nicht gemissbraucht werden können [7]).

In ähnlicher Weise hat die Frage, ob der Richter ein Privilegium, das unter Angabe falscher Tatsachen erschlichen ist, für ungültig erklären kann, Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen. Früher machten die Richter von dieser ihnen zugestandenen Befugnis einen umfangreichen Gebrauch. Gierke [8]) sagt dazu: „Mit der Ausbildung der abso-

---

cst. 3. de aquaeductu: beneficium amittat, quosque personae severissima poena plectetur.

[1]) Vergl. Gierke a. a. O. Bd. I S. 307.

[2])[4]) vgl. Schlayer a. a. O. S. 93 f.

[3]) Wächter a. a. O. Bd. II S. 833 Note 4 erkennt die Entziehung wegen Missbrauch überhaupt nicht an. Das sage auch die würt. Gewerbeordnung von 1836 Art. 4.

[5]) Vergl. hierzu unten S. 104, auch Bayr. L. R. I. c. 2 § 16.

[6]) Nach österreich. Recht: Verurteilung wegen Verbrechens.

[7]) Vergl. hierzu Absch. IV Kap. 2. § 1.

[8]) Gierke a. a. O. Bd. I S. 304.

luten Monarchie steigerte sich auch in dieser Richtung (der Privilegiengewalt) die landesherrliche Gewalt zur Allgewalt, wurde indess einigermassen durch die Autorität der Gerichte gemildert, die unter Berufung auf die römische Reskriptenlehre die exceptio sub et obreptionis gegen erschlichene Privilegien zuliessen!" In Rom gab man dem Beklagten gegen kaiserliche Auslegungen, den sogenannten Reskripten, die exceptio sub et obreptionis. Derselbe konnte dann einwenden, dass der Kläger bei Erbittung des Reskriptes Tatsachen verschwiegen oder unwahre Tatsachen behauptet habe. Da die Privilegien auch unter Voraussetzung eines gewissen Sachverhaltes verliehen werden, so hat man auch hier bei unvollständigen oder unrichtigen Angaben über den Sachverhalt die exceptio sub et obreptionis zugelassen. Zu der Frage, ob dem Richter nun die Macht zustehe, das Privilegium für ungültig zu erklären, äussert sich Dernburg[1]) folgendermassen: „Natürlich müssen aber die verschwiegenen oder falsch dargestellten Tatsachen für die Erteilung des Privilegiums relevant gewesen sein. Hierüber kann nur der Privilegienerteiler befinden, nicht der Richter. Dem Privilegienerteiler steht es daher allein zu, das Privilegium, sei es im öffentlichen Interesse, sei es auf Antrag eines bei der Nichtgeltung Interessierten zu kassieren. Der Richter ist nur dann legitimiert, die Ungültigkeit des Privilegiums auszusprechen, wenn solche Tatsachen erschlichen sind, welche gesetzlich die Voraussetzung für die Erteilung des Privilegiums bilden!" Anderer Meinung ist wieder Schlayer[2]), er sagt, der Richter dürfe in die Gesetzgebung weder direkt noch indirekt eingreifen. Es handle sich um einen Streit des einzelnen mit der Staatsgewalt über das Bestehen oder den Umfang des Privilegiums, hierüber habe der Richter nicht zu entscheiden. — Ich möchte mich hier der Ansicht Regelsbergers[3]) anschliessen. Derselbe sagt

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. I S. 199.

[2]) Schlayer a. a. O. S. 90.

[3]) Regelsberger a. a. O. Bd. I S. 124.

unter Berufung auf D. 40, 11 l. 1[1]), „ein durch Vorbringung unwahrer oder Unterdrückung wahrer Tatsachen erschlichenes Privileg „ist" hinfällig. Sind Tatsachen, die die Verleihung beeinflusst haben, falsch angegeben oder verschwiegen, so sind die Privilegien ipso jure ungültig."[2])

Alle diese Fragen spielen heute, abgesehen von der zuletzt erörterten, keine Rolle mehr. Die in denselben entwickelten Ansichten beruhten auf der Voraussetzung, dass der Landesherr alleiniger Gesetzgeber sei und wie Gierke[3]) sagt, auf der Vorstellung, dass die Gesetzgebungsgewalt in formell bindende Schranken gebannt werden könne. Nach den Grundsätzen des Verfassungsstaates können Privilegien, soweit sich der Verleiher den Widerruf nicht vorbehalten hat, nur durch eine lex generalis oder durch eine lex specialis aufgehoben werden.[4]) Zum Erlass der letzteren genügt in dem Fall aber nicht die Privilegiengewalt, der Erlass setzt ebenso wie bei den allgemeinen Gesetzen die gesetzgebende Gewalt voraus. Die Aufhebung der Privilegialrechtsnorm durch ein verfassungsmässig erlassenes Gesetz bringt ein Privilegialrecht aber noch nicht zur Erlöschung, denn wie durch die Aufhebung eines allgemeinen Gesetzes die auf Grund desselben mittelbar erworbenen Rechte grundsätzlich nicht beseitigt werden, so beseitigt auch die Aufhebung einer Privilegialrechtsnorm nicht die durch dieselbe unmittelbar ins Leben gerufenen Rechte. Die aus einem Privilegium entstandenen Rechte gelten ebenso als wohlerworbene Rechte (jura quaesita), wie die durch Rechtshandlungen der Menschen auf Grund eines allgemeinen Gesetzes mittelbar erworbenen Rechte[5]).

---

[1]) De natalibus restituendis.

[2]) Glück a. a. O. Bd. I S. 545 führt betreffs der Reskripte § 80 des jüngsten Reichsabschiedes an und kommt zu dem Resultat, der Richter müsse untersuchen, der Verleiher entscheiden; doch könnte dieser dem Richter auch die Entscheidung überlassen.

[3]) Gierke a. a. O. Bd. 1. S. 308 Note 27.

[4]) Dieses gilt auch für das preussische Recht. Vergl. hierzu Dernburg, Preuss. Priv. Recht S. 47.

[5]) Vergl. Abschnitt II Kapitel 3.

Soll ein, privilegienaufhebendes Gesetz auch subjektive Rechte aufhebende Kraft haben, so muss das Gesetz ausdrücklich hervorheben, dass die Rechte aufgehoben werden sollen. Ist das nicht der Fall, so bleiben die Rechte bestehen. Bestehen bleiben natürlich auch die Rechte, wenn das aufhebende Gesetz die Rechte, die nicht betroffen werden sollen, ausdrücklich ausnimmt. So hat die Reichsgewerbeordnung im § 6, 1 und im § 7, 1 die ausschliesslichen Apothekergewerbegerechtigkeiten[1]) ausgenommen.

Eine Aufhebung der Apothekenprivilegien im grossen Umfang hat durch die französische Gesetzgebung in den Teilen Deutschlands stattgefunden,[2]) die am Anfang des vorigen Jahrhunderts unter französischer Herrschaft oder französischem Einfluss standen. So in der Rheinpfalz, in Hamburg, Lübeck und Bremen. Dann in den Landesteilen, die heute etwa die preussischen Regierungsbezirke Cöln, Koblenz, Trier, Aachen, Düsseldorf, Wiesbaden, Kassel, Arnsberg, Minden, Münster, Aurich, Osnabrück, Stade, Lüneburg, Hildesheim, Hannover und Magdeburg umfassen. In Kurhessen und zum Teil im Königreich Hannover wurden die alten Rechte wieder hergestellt. In Braunschweig wurden die Apothekenprivilegien durch die Landesgesetzgebung aufgehoben. In Elsass-Lothringen bestand bis zum 10. Mai 1877 die Gewerbefreiheit.[3]) Einen dauernden Schaden haben die Apotheker durch die damalige Auf-

[1]) Vergl. hierzu unten Absch. IV. Kap. 3 § 1.

[2]) In Frankreich wurden in der berühmten Sitzung vom 4. Aug. 1789 alle Privilegien aufgehoben. Dem Collège de Pharmazie wurden durch die Dekrete vom 2. und 17. März 1791 alle Rechte entzogen und im Artikel 7 des Dekrets vom 17. März wurde die Gewerbefreiheit für die Pharmazie proklamiert. Die Gesetze vom 8. April 1803 (17. germinal XI) und das arrêté vom 19. Juli 1803 (25. thermidor XI) haben dann, um den durch die Gewerbefreiheit herbeigeführten verwahrlosten Zuständen zu steuern, das Apothekenwesen in der Weise geordnet, dass die Gewerbefreiheit zwar blieb, dass aber durch die Vorbildung der Apotheker und durch eine staatliche Überwachung der Apotheken wieder geordnete Zustände herbeigeführt werden konnten.

[3]) An Stelle der Gewerbefreiheit trat damals das System der verkäuflichen Konzessionen.

hebung der Privilegien im allgemeinen nicht erlitten, nach Beendigung der französischen Herrschaft wurden dieselben durch verkäufliche Konzessionen entschädigt, nur in der Rheinpfalz hat eine Entschädigung nicht stattgefunden. Auch in Braunschweig wurden Entschädigungen gewährt. Heute ist im allgemeinen die Ansicht vorherrschend, dass den von der Aufhebung Betroffenen volle Entschädigung werden muss.[1]) Dieses gilt mit Recht für die vererblich und veräusserlich verliehenen Privilegien; die Rechte sind in andere Hand[2]) übergegangen und sind heute nicht mehr verliehene, sondern ererbte oder gekaufte Rechte.[3]) Gierke[4]) sagt aber: „Geschieht dieses nicht, so ist eine Klage auf Schadloshaltung nicht begründet!“ Nach Dernburg[5]) entsteht ein Recht auf Entschädigung nur insoweit, als das Gesetz dieselbe besonders zubilligt.

Apothekenprivilegien können ausserdem auch enteignet werden und dadurch untergehen. Zur Expropriation gehört die gesetzliche Ermächtigung. Hier muss die volle Entschädigung bezahlt werden.

Heute gehen häufig Apothekenprivilegien dadurch unter, dass der Staat mit dem Privilegiuminhaber eine Vereinbarung trifft, durch die der Apotheker nach Rückgabe des Privilegiums entweder eine verkäufliche Konzession oder eine wertvollere sog. Personalkonzession erhält. Dieses Verfahren wird vielfach in den Einzelstaaten bei Verlegungen der Apotheken, besonders der real gebundenen, geübt. Es erhalten aber auch die Besitzer kleinerer Apotheken durch die Hergabe ihrer Privilegien die Erlaubnis zur Anlage einer Apotheke in einer grösseren Stadt.

Über den Untergang einzelner Rechte aus den Apothekenprivilegien, so besonders des Exklusivrechtes, vergleiche unten Abschnitt IV. Kapitel 3 § 1.

[1]) So Oertmann, Zachariae u. a.

[2]) Vergl. hierzu unten Absch. IV. Kap. 4.

[3]) Regelsberger a. a. O. S. 125 Note 17 meint, dass die Staatsrechtslehrer der Anerkennung eines Ersatzanspruchs günstiger sind als die Zivilisten. Oft müsste dieselbe aber an der Undurchführbarkeit scheitern.

[4]) Gierke a. a. O. S. 308.

[5]) Dernburg. Preuss. Priv.-Recht S. 47.

§ 2. Das Erlöschen der Privilegialrechte.

Es wurde schon gesagt, dass das Privilegialrecht in derselben Weise untergeht, wie das Recht untergehen würde, wenn es auf andere Weise entstanden wäre. Es gelten also für die Beendigung der Privilegialrechte keine eigenen Regeln; die Rechte folgen hierin der Klasse von Rechten, der sie angehören. Dieses ist die heute herrschende Meinung. Die älteren Autoren hatten für die Endigungsarten der Privilegialrechte besondere Regeln aufgestellt, sie sahen in denselben eine besondere Klasse von Rechten und fanden da Privilegiumsqualitäten, wo man sie heute leugnet. So Glück, Hufeland Schlayer, Unger. Die landesgesetzlichen Sonderbestimmungen finden sich bei Dernburg, Oertmann, und Wächter.

Die in der älteren Theorie aufgeworfenen Fragen dürfen hier nicht unerörtert bleiben, weil sie zur Vervollständigung des Bildes unseres Rechtes beitragen.

Der Grund zum Untergang der Privilegialrechte kann schon im Privilegium selbst festgelegt sein. So erlöschen alle befristeten Rechte, wenn die Fristen abgelaufen sind. Die höchstpersönlichen Privilegien erlöschen mit dem Tode des Beliehenen oder mit dem Fortfall oder der Aufhebung der juristischen Person; die für Lebenszeit des Verleihers verliehenen Privilegien mit dem Tode desselben. Die zu einem bestimmten Zweck verliehenen Privilegien erlöschen mit dem Wegfall der Möglichkeit, den Zweck zu erreichen. Dieses ist der Fall, wenn das Recht nicht mehr zu realisieren ist. So waren die Apotheker früher durch ihre Privilegien von gewissen Steuern, Diensten, wie Wach- und Feuerwehrdiensten usw. befreit. Überall, wo diese Steuern ganz verschwunden sind, die Wach- und Feuerwehrdienste nicht mehr in der Art geleistet werden, ist das Sonderrecht damit hinfällig geworden und erloschen. Handelt es sich aber um Rechte, die zeitweise ausgeübt werden können, zeitweise nicht, wie z. B. allgemeine Befreiungen von Kriegssteuern, so ruht nach der Bezahlung der Kriegssteuern das

Recht, bis die betreffende Gemeinde wieder in dieselbe Lage kommt.[1]) Heute sind die meisten dieser Nebenrechte aus den Apothekenprivilegien entweder erloschen, abgelöst oder gesetzlich aufgehoben. Die befristeten Apothekenprivilegialrechte sind entweder erloschen[2]) oder extendiert. Die Realprivilegialrechte gehen mit der Sache unter, an welche die Privilegien geknüpft sind. Vergleiche hierzu Abschnitt IV. Kapitel 5 § 2.

Fällt der Grund weg, der die Verleihung eines Privilegiums veranlasst hat, so geht deshalb das Recht nicht unter. So bestimmten früher die Landesgesetze, dass zum Betriebe einer Apotheke ein Privilegium nötig sei. Diese Bestimmung war der Grund zu den Verleihungen. Nach Aufhebung dieser Gesetze bestanden die Apothekenprivilegien fort.

Die Frage, ob ein Privilegium durch Verzicht oder Rückgabe erlischt, beantwortet Oertmann[3]) folgendermassen: „Der Verzicht ist überall auch in Bayern (Bayr. L. R. I. 2. 16) als Erlöschungsgrund anerkannt. Derselbe kann auch stillschweigend geschehen, etwa durch eine bewusste, die entsprechende Absicht kundgebende längere Nichtausübung. Um so zweifelloser ist es, dass der Verzicht zur Wirksamkeit einer Annahme seitens der Staatsgewalt nicht bedarf. Dafür spricht auch die Erwägung, dass das Privileg ein privates Rechtsverhältnis zwischen dem Verleiher, dem Staat und dem Beliehenen überhaupt normalerweise nicht mit sich bringt!“ Nach Dernburg und Hinschius[4]) ist der Verzicht allein statthaft bei denjenigen Privilegien, welche lediglich das Sonderinteresse des Privilegierten berühren. Unger[5]) sagt: „Ein Verzicht ist nicht

[1]) Solche den Gemeinden aufgelegte Kriegssteuern gab es in Preussen noch vor nicht langer Zeit, von diesen waren die Apotheker öfter befreit.

[2]) Die kurpfälzische Medizinal-Ordnung vom 22. I. 1727 verfügte für das Herzogtum Jülich und Berg, dass aussterbende Apothekenprivilegien nicht wieder besetzt werden sollten.

[3]) Oertmann a. a. O. S. 31 f.

[4]) Dernburg, Pandekten S. 200. Hinschius a. a. O. S. 820.

[5]) Unger. a. a. O. Bd. II S. 318.

möglich, wenn der Privilegierte mit dem Recht zugleich die unzertrennliche Verpflichtung übernommen hat, dass sich dieser niemand einseitig entschlagen kann!“ Schlayer meint,[1]) „Ein Verzicht sei möglich, wo dieser nicht gesetzlich oder vermöge des einzelnen Rechts, weil dieses nämlich zugleich eine unzertrennliche Verpflichtung mit sich bringt, ausgeschlossen ist!“ Das Privilegialrecht legt dem Privilegierten in dieser Beziehung keine Verpflichtung auf. Wir haben gesehen,dass die Subjektion eines Untertans in diesem Falle nur durch einen Vertrag erreicht werden kann, dass solche Pflichten nur Vertragspflichten sein können. Ich schliesse mich der Ansicht Oertmanns an, dass ein Verzicht auf ein Privilegium möglich ist. Soll ein öffentlich rechtliches Interesse gewahrt werden, so muss dieses durch einen Vertrag geschehen.

Für die Frage, ob Privilegien durch Nichtgebrauch untergehen, zog man den Digestentitel de nundinis D. 50, 11 l. 1: *„nundinis impetratis a Principe, non utendo, qui meruit decennii tempore usum amittit“* heran. Glück[2]) sagt dazu: „Die meisten, sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrte, behaupten nun, dass affirmative Privilegien schon durch einen zehnjärigen Nichtgebrauch erlöschen können. Allein es fehlt nicht an Rechtsgelehrten, die behaupten, dass affirmative Privilegien erst durch einen Nichtgebrauch von dreissig Jahren erlöschen und bei dem Privilegium, Jahrmarkt zu halten, nur eine Ausnahme von der Regel machen!“ Glück stellt dann eine Zahl von Regeln über die Erlöschung durch Nichtgebrauch auf. Hiergegen wandte sich schon Hufeland:[3]) „Die ganze Lehre der Verjährung,“ sagt er, „ist in Ansehung ihrer Zeiten blos abhängig von dem Gegenstande oder Inhalt der verjährenden Rechte!“ — Das Bayrische Landrecht in I., 2. § 16 lässt Privilegien durch zehnjährigen Nichtgebrauch enden. Oertmann sagt hierzu:[4]) „Dies indes

[1]) Schlayer, a. a. O. S. 94.
[2]) Glück a. a. O. S. 41 ff.
[3]) Hufeland. a. a. O. „Verlust der Privilegien“ S. 264 f.
[4]) Oertmann a. a. O. S. 32.

nur mangels abweichender Regelung in dem dasselbe begründenden Gesetz!“ Die von Hufeland entwickelte Ansicht ist heute die herrschende, der Digestentitel de nundinis enthält nur einige Bestimmungen über Marktprivilegien, die man nicht verallgemeinern darf.[1])

Hinschius[2]) sagt über den Nichtgebrauch noch: „Ausgeschlossen ist aber jede Rechtswirkung des Nichtgebrauchs bei denjenigen Privilegien öffentlichen Charakters, auf welche der Privilegierte nicht verzichten darf und welche er auszuüben verpflichtet ist, denn aus der unerlaubten Verletzung seiner desfallsigen Pflichten kann kein Recht für ihn, d. h. hier keine Befreiung von der Pflicht, die durch das Privilegium ihm auferlegten Funktionen wahrzunehmen, entstehen!“ Auch hier bin ich der Meinung, dass derartige Verpflichtungen dem Beliehenen nur durch Vertrag auferlegt werden könnnen. Ich komme zu dem Schluss, dass Privilegialrechte durch Nichtgebrauch untergehen, wenn sie ihrer Natur nach durch Nichtgebrauch untergehen, in anderen Fällen aber nicht.[3])

Hinschius[4]) behandelt noch die Frage, ob durch Nichtgebrauch, ebenso durch Verzicht die objektive Rechtsquelle beseitigt wird? Er kommt zur Verneinung. Ich schliesse mich der Ansicht an, die Rechtsnorm kann nur durch den Verleiher oder durch Gesetz aufgehoben werden, durch eine Handlung des Beliehenen ist dieses nicht möglich.[5])

Der Nichtgebrauch hat für die Apothekenprivilegien öfter eine Rolle gespielt. Es kam besonders in kleinen Städten vor, dass ein oder mehrere Apotheker ein zweites oder drittes Privilegium zusammen kauften, um sich eine Konkurrenz vom Halse zu schaffen. Nach Jahren, wenn der Staat die Neuanlage einer Apotheke in demselben Ort

---

[1]) Vergl. hierzu Beseler a. a. O. S. 165. Note 16.

[2]) Hinschius a. a. O. S. 822 ff.

[3]) So Unger, Wächter, Schlayer, Beseler u. a.

[4]) Hinschius a. a. O. S. 822.

[5]) v. Rönne a. a. O. S. 353: „Das preussische Staatsrecht kennt keinen Verlust der Privilegien durch Nichtgebrauch.“

beabsichtigte, traten die Apotheker mit dem gekauften Privilegium hervor. Oft wurde dasselbe auch wohl an einen dritten verkauft, der es dann zur Geltung zu bringen versuchte. Teilweise hatten die Regierungen dieses Verfahren gut geheissen; später zog man das betreffende Privilegium ein und entschädigte den betreffenden Käufer durch eine Konzession.

Abschnitt IV.

Die Apothekenprivilegien.

(Besonderer Teil.)

Kapitel 1.

Die erteilte Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb.

Zum Begriff Apotheke gehört die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb, d. h. die Erlaubnis, in einem gewerblichen Unternehmen gewisse gesetzlich bestimmte Heilmittel herstellen, feilhalten und verkaufen zu dürfen. Die Erlaubnis macht das Unternehmen zur Apotheke (vergleiche hierzu Abschnitt III Kapitel 1 § 1).

Seit dem vierzehnten Jahrhundert begann man den auf Grund einer polizeilichen Erlaubnis ihr Gewerbe betreibenden Apothekern gewisse Privilegien zu verleihen; bald verfügten alle Apotheker über dieselben und um die Wende des siebzehnten Jahrhunderts galt es als Gewohnheitsrecht, dass zur Neuanlage einer Apotheke ein Privilegium gehöre; dieses Gewohnheitsrecht wurde dann bald zum Gesetz erhoben. Die Betriebserlaubnis war dadurch keineswegs überflüssig geworden. Der Apotheker erhielt dieselbe im Privilegium. Oft ist diese Erlaubnis in den Privilegien besonders hervorgehoben, meistens liegt sie in den Worten: „Die Anlage einer Apotheke wird gestattet oder erlaubt usw.“ Die Privilegien, die also Träger der Erlaubnis und gewisser Privilegialrechte waren, wurden für bestimmte Orte verliehen. Man wollte dadurch die Anlagen der Apotheken innerhalb der vorgeschriebenen

Grenzen veranlassen und einen Ortswechsel verhindern. Dieses bedingte z. T. schon die Erlaubnis, da vor der Erteilung derselben die Betriebsmittel des Unternehmens behördlich geprüft und gebilligt sein mussten. Die Erlaubnis bezog sich nur auf dieses gebilligte Unternehmen. Ebenso bezog sich auch das eine der verliehenen Privilegialrechte — es waren deren gewöhnlich mehrere — das ich Apothekenprivilegialrecht nennen möchte, auf die bestimmte Apotheke. Filialen durften die Apotheker ohne Sondererlaubnis also nicht anlegen. Die Abgabe von Arzneimitteln war aber dadurch nicht lokal beschränkt, der Apotheker durfte und darf noch heute seine Waren und Erzeugnisse in örtlich unbegrenzter Weise verkaufen. Notwendig war eine räumliche Begrenzung bei Verleihung von Exklusivrechten, weil dadurch in einem bestimmten Bezirk die Anlage einer zweiten Apotheke ausgeschlossen wurde. — Besonders beschränkt wurde die Erlaubnis für Hof-, Krankenhaus- und Klosterapotheken, die nur für die Mitglieder des Hofes, des Klosters oder für die Insassen des Krankenhauses Arzneimittel abgeben durften.

Es wird schon ersichtlich, dass Erlaubnis und Apothekenprivilegialrecht in inniger Beziehung zu einander stehen. Man hat nun, davon ausgehend, dass die Erlaubnis des Staates, ein bestimmtes Gewerbe betreiben zu dürfen, subjektive Rechte öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Inhalts erzeuge, aus diesen Rechten die Privilegialrechte der Gewerbeprivilegien hergeleitet. — So Schmid,[1]) derselbe begründet in seiner Abhandlung über dingliche Gewerberechte seine Ansicht folgendermassen: Er unterscheidet die Erlaubnis, die Rechte erzeugt und die, welche keine Rechte erzeugt. Er geht davon aus, dass die Befugnis, von seinen persönlichen und materiellen Kräften in Beziehung auf den Betrieb von Gewerben, jeden beliebigen Gebrauch zu machen, ein Ausfluss der natürlichen Freiheit ist, soweit man nicht verletzend in eine fremde Rechtssphäre eingreift. Das Interesse des Gemeinwohls oder eine ge-

[1]) Schmid: Über dingliche Gewerberechte S. 3 ff.

wünschte Gewerbesteuer sind indessen Gründe, die Ausübung gewisser Gewerbe von einer besonderen Konzession abhängig zu machen. Dann sagt Schmid, die Gesetzgebungen sind aber noch weiter gegangen, sie haben auch oft, um einer nach ihrer Meinung nachteiligen Konkurrenz vorzubeugen, die Erteilung von Gewerbskonzessionen unabhängig von polizeilichen und finanziellen Rücksichten, erschwerenden Bedingungen unterworfen oder sie von ihrem reinen Gutbefinden abhängig gemacht. In solchen Fällen hat die Gewerbekonzession einen eigentümlichen rechtlichen Charakter erhalten. Während nämlich dann, wenn eine Gewerbekonzession nur von der Entrichtung einer Abgabe oder von der Nachweisung derjenigen persönlichen Eigenschaften und lokalen Einrichtungen, die der Gefährdung anderer vorbeugen sollen, abhängig ist, keinem, der die Bedingungen erfüllt, die Ausübung des betreffenden Gewerbes versagt ist, gewährt die Konzession im anderen Falle ein wirkliches Vorrecht und begründet so eine rechtliche Ungleichheit in Beziehung auf Gewerbebefugnisse.[1]) Durch die einschränkende Gesetzgebung wird die allgemeine Rechtsfähigkeit auf der einen Seite beschränkt, auf der anderen Seite erweitert. Diese Vorrechte, sagt Schmid, bezeichnet man als Privilegien. Die Personen, welchen eine besondere Gewerbebefugnis als Privilegium gewährt wird, erfahren eine Erweiterung der natürlichen Freiheit oder der allgemeinen Rechtsfähigkeit.[2])

Nach Schmid erzeugt also die Erlaubnis, ein bestimmtes Gewerbe betreiben zu dürfen, ein subjektives Recht; wird die Erlaubnis in einem Privilegium erteilt, so ist sie nach Schmid der Inhalt des Privilegialrechts. —

Auch Zachariae und v. Rönne sagen, dass das Privilegialrecht der Gewerbe und Handelsprivilegien in der

[1]) Vergl. hierzu unten S. 161 f.

[2]) Schmid erwähnt in § 5 der Abhandlung, dass eine privilegierte Gewerbebefugnis auch einen anderen Charakter annehmen kann, als die blosse Erweiterung der Rechtsfähigkeit. Hierzu vergl. unten S. 127, Anm. 1 und Kapitel 4 dieses Abschnitts.

Anerkennung einer ausschliesslichen Befugnis zur Vornahme von Handlungen, welche ausserdem als Ausfluss der natürlichen Freiheit einem jeden zustehen würde, bestehe.[1]) — Ich kann diesen Ansichten nicht folgen. Ich möchte zunächst zu der Frage Stellung nehmen, ob die Erlaubnis, ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, überhaupt ein subjektives Recht erzeugt? —

Die Autoren, welche diese Frage bejahen, dokumentieren folgendermassen: So sagt v. Sarwey,[2]) dass das Gesetz dem einen den Betrieb eines Gewerbes gewähren, dem anderen versagen oder ihn von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen kann. Er sagt, das Gesetz kann so nach Belieben die Äusserungsmöglichkeiten der natürlichen Handlungsfreiheit zu Rechten erheben, d. h. die so geschützten Individualinteressen werden zu subjektiven Rechten gesteigert. Überall, wo die Konzession, Erlaubnis, Approbation die Bedingung zu einem bestimmten Gewerbebetrieb ist, besteht vor der Erteilung derselben kein subjektives Recht, dieses wird erst durch die Erteilung begründet. Dagegen besteht ein subjektives Recht auf den Gewerbebetrieb da, wo das Gesetz eine Konzession, Erlaubnis oder Approbation nicht voraussetzt. Das subjektive Recht ist Voraussetzung zur administrativen Klage.

v. Stengel[3]) sagt: „Aus der Zugehörigkeit zu einem Staat oder Gemeinwesen ergeben sich unmittelbar und mittelbar Rechte, die zwar keine aktive Teilnahme an der Gesetzgebung oder Verwaltung gewähren, aber doch öffentliche Rechte sind. Staatsorgan und Staatsbürger stehen sich hier als Subjekte von Rechten und Befugnissen gegenüber. Hierzu zählen die sog. Grundrechte oder allgemeinen Freiheitsrechte (droits de l'homme), deren Wesen u. a. darin besteht, dass die verschiedenen Äusserungsmöglichkeiten der persönlichen Freiheit als besondere Rechte bezeichnet werden. Hierzu gehört auch die Gewerbefreiheit. Ebenso

[1]) Vergl. oben Seite 40,3.
[2]) v. Sarwey, das öffentliche Recht S. 524 ff.
[3]) v. Stengel, Lehrb. des deutsch. Verw. Rechts S. 35 ff.

gehören zu den bürgerlichen Rechten, die aus dieser Gemeinschaft resultieren können, die mittelbar durch Vertrag, Privilegium oder Konzession erworbenen öffentlichen Rechte!“ —

Nach Löning[1]) erkennt der Rechtsstaat allen Menschen Persönlichkeit zu, das ist die Eigenschaft, vermöge deren der Mensch auf dem Rechtsgebiet als freies Wesen anzuerkennen und zu schützen ist. Diese anerkannte Freiheit ist das Recht, seinen Willen in rechtlicher Unabhängigkeit von dem Willen anderer Menschen zu betätigen. Dieser Wille kann durch Gesetze beschränkt werden. Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Untertanen begründet ein subjektives öffentliches Recht des einzelnen gegen den Staat auf Anerkennung und Schutz der Freiheit im Rahmen der Gesetze. Einschränkungen, die nicht gesetzlich sind, verletzen nicht nur das objektive Recht, sondern auch das subjektive Recht des einzelnen. So ist auch die Gewerbefreiheit eine Äusserung der Freiheit des Menschen, die Beschränkung derselben darf nur durch das Gesetz erfolgen. Sie ist kein besonderes Recht, sondern nur die Ausübung des Rechtes der Persönlichkeit, der Freiheit. Ihr Inhalt ist die gleiche Rechtsfähigkeit aller in bezug auf den Gewerbebetrieb und wird begründet durch den allgemeinen Rechtssatz, nach welchem jeder Mensch als Person anerkannt und geschützt wird. Der Konzessionszwang im Gewerberecht ist die Beschränkung der Ausübung des Rechtes der Freiheit. Die Erlaubnis der Behörden gewährt ein Recht zur Ausübung des Rechtes der Freiheit[2]).

v. Marquardsen[3]) kommt zu dem Schluss, dass Gewerbebefugnisse, die eines staatlichen Verleihungsaktes (Verleihung, Konzession, Zulassung, Approbation) bedürfen,

---

[1]) Löning, Lehrb. des deutsch. Verw. Rechts S. 11 ff.

[2]) Auch Gierke erkennt die Persönlichkeitsrechte an, die kein anderes Objekt haben, als einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre des Berechtigten. (In Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung. Neue Folge XII. Heft 4. S. 111.) ebenso Rosin u. a.

[3]) Marquardsen, Handbuch des öff. Rechts Bd. I, 2 S. 145.

öffentliche Vermögensrechte sind, ebenso wie diejenigen Gewerbebetriebe, welche stillschweigend bis zu dem Eintreten einer die Entziehung des Betriebes begründenden Tatsache staatlich genehmigt sind[1]).

In diesen Theorien wird der Standpunkt vertreten, dass die Gewerbebefugnis die Rechtsfähigkeit erweitere und die erteilte Erlaubnis, Zulassung, Genehmigung, Konzession, Verleihung und Approbation eine objektivrechtliche Anerkennung der natürlichen Handlungsfähigkeit der Menschen ist. Das Handelndürfen ist danach rechtlich geschützt und erzeugt ein subjektives Recht. Das Objekt des Rechtes ist ein Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre des Berechtigten. Aus diesen subjektiven Rechten sind dann zum Teil die Gewerbeprivilegialrechte konstruiert worden.

Diese Theorien werden besonders von Seydel und Laband bekämpft. Dieselben vertreten folgende Ansicht: Die Grund- und Freiheitsrechte haben keinen subjektiven Rechtscharakter, denn sie haben kein Objekt. (Laband[2]). Der Mensch, welcher ein Gewerbe betreibt, betätigt seine Handlungsfreiheit auf gewerblichem Gebiet; die Möglichkeit, seinen Willen auf diesem Gebiet zu äussern, hat der Mensch von Natur, nicht vom Recht. Der Satz: „Jeder-

[1]) Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaften Bd. I S. 593 f. spricht von einem subjektiven Gewerberecht, welches als Privatrecht zu den Persönlichkeitsrechten des bürgerlichen Rechts gehört und zwar nicht bloss dann, wenn es zum Betriebe eines Gewerbes einer Erlaubnis bedarf, sondern auch wenn eine solche nicht erforderlich ist, sofern nur jemand ein Gewerbe bereits begonnen und sich befugtermassen in den Betrieb eines Gewerbes gesetzt hat. — v. Landmann, Komment. zur Gew.-Ord. S. 47 unterscheidet die Befugnis, ein jedes Gewerbe beginnen zu dürfen und das Recht, ein begonnenes weiter betreiben zu dürfen. Im letzteren Fall läge ein subjektives öffentliches und privates Recht vor, das nur unter bestimmten Voraussetzungen entzogen werden könne und dessen Besitz geschützt werden müsse.

Rehm sagt: Die rechtliche Durchführung des politischen Prinzips der Gewerbefreiheit ist in Deutschland durch Aufstellung eines privaten und öffentlichen subjektiven Rechtes des einzelnen erfolgt. Dieses ist auch der Rechtsgrund bei konzessionspflichtigen Gewerben.

[2]) Laband, Staatsrecht des deutsch. Reichs 4 A. Bd. 3/4 S. 195.

mann ist der Betrieb eines Gewerbes gestattet", der sich nur auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb, nicht auf die Ausübung desselben bezieht, begründet kein subjektives Recht, durch denselben wurden nur die damals bestehenden Beschränkungen der natürlichen Handlungsfreiheit auf gewerblichem Gebiet aufgehoben. Rechtssätze, welche Normen für die Ausübung der Staatsgewalt auf gewerblichem Gebiet enthalten, bilden nur Schranken für die Machtbefugnisse der Behörden, sie bezwecken einer Störung der Handlungsfreiheit durch den verwaltenden Staat vorzubeugen. Ist der Betrieb eines Gewerbes von einer staatlichen Genehmigung abhängig gemacht, so erzeugt auch die Genehmigung kein subjektives Recht, sondern dieselbe hebt nur für den Betreffenden die gesetzlichen Beschränkungen der Handlungsfreiheit auf. Die Genehmigung ist nur eine Vorbedingung der Äusserung des natürlichen Könnens.

Laband sagt[1]): „Gewerbefreiheit ist kein Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern nur die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit in Bezug auf gewerbliche Tätigkeit. Insoweit das Prinzip der Gewerbefreiheit gilt, befasst sich der Staat überhaupt nicht mit der Gewerbstätigkeit des einzelnen. Der Staat greift vielmehr nur beschränkend ein; wie alle Polizei hat es auch die Gewerbepolizei nur mit Einschränkungen der natürlichen Handlungsfreiheit zu tun. Die Gewerbepolizei ist der Gegensatz der Gewerbefreiheit. In der deutschen Reichsgewerbeordnung ist der Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht unbedingt und uneingeschränkt durchgeführt, sie enthält vielmehr überwiegend Beschränkungen des Gewerbebetriebes und zu diesen Gewerbebeschränkungen gehört auch das Erfordernis einer obrigkeitlichen Erlaubnis als gesetzlicher Vorbedingung des Betriebes eines Gewerbes!"

v. Seydel[2]) sagt: „Der Gerwerbebetrieb selbst ist nichts

[1]) Laband-Stoerk Bd. III S. 601.

[2]) v. Seydel, das Gewerbepolizeirecht S. 69.

anderes als die Betätigung der allgemeinen privatrechtlichen Handlungsfreiheit, der nur die öffentlichrechtliche Befugnis der Verwaltungsbehörde einschränkend gegenübersteht!“ An anderer Stelle sagt v. Seydel[1]): „Die Handlungsfreiheit im Gewerbebetrieb wird zu einem besonderen Recht auch dadurch nicht, dass bei gewissen Gewerben und unter gewissen Voraussetzungen, welche mehr oder minder scharf umschrieben sind, die Verwaltungsbehörde eine Handlungsfreiheit polizeilich beschränken kann, sei es durch Verbot, ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, sei es in anderer Weise. Die wirkliche Verhängung solcher Beschränkungen enhält keine Aberkennung eines Rechtes auf den Gewerbebetrieb, welche mit Rechtskraft für alle Zeit wirken würde; sie enthält nur den Ausspruch, dass das polizeiliche Hinderungsrecht unter den damaligen Verhältnissen der Betätigung der Gewerbefreiheit entgegenstehe. Und umgekehrt kann der obrigkeitliche Ausspruch, dass ein gesetzlicher Grund nicht vorliege, jemandem den Betrieb eines Gewerbes zu verwehren, auch wenn der Ausspruch in die bejahende Form der Genehmigung sich kleidet, nicht ein besonderes Gewerberecht erzeugen. Wer eine solche Genehmigung erlangt hat, kömmt dadurch in keine andere Rechtslage, wie der, welcher einer Genehmigung überhaupt nicht bedurft hat. Es ist nicht abzusehen, welcher Unterschied in dieser Beziehung zwischen einem nicht konzessionierten Speisewirt und einem konzessionspflichtigen Gastwirt obwalten soll!“

Otto Mayer[2]) spricht von dem Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt und sagt, die Erlaubnis ist nur die Wiederherstellung der Freiheit, dieselbe hat keinen eigenen Inhalt. — Zur Erwirkung der Erlaubnis führt Otto Mayer folgendes aus: Vor die Ausübung der Freiheit ist die Erfüllung einer Formalität gesetzt, die Erwirkung der Erlaubnis. In den Fällen, in welchen nach dem Gesetz eine Erlaubnis werden muss, spricht die Behörde nur das aus,

[1]) v. Seydel, Bayr. Staatsrecht Bd. V S. 682 ff.

[2]) Otto Mayer, deutsch. Verw. Recht Bd. I S. 287 ff.

was der Rechtssatz bestimmt hat. Dieser Akt hat die Natur der Entscheidung. Hier kann der Nachsuchende auf der Erlaubnis bestehen, hier steht ihm ein öffentliches subjektives Recht in Form eines Anspruchs auf die obrigkeitliche Handlung zu. — Durch die erteilte Erlaubnis entsteht nach Mayer für den Unternehmer nur ein gewisser Zustand rechtlicher Gesichertheit gegenüber der öffentlichen Gewalt. Wenn auch dieser Zustand für das Interesse des einzelnen seinen Wert hat, so ist er deshalb noch nicht gleichbedeutend mit einem subjektiven Recht. Die Erlaubnis gibt dem Empfänger nichts neues hinzu zu dem, was er ohne diese hat.

Eine vermittelnde Anschauung vertritt Jellinek[1]). Derselbe steht im Prinzip auf dem Boden der Seydel-Labandschen Theorie, er sagt aber, das Resultat, hier seien keine subjektiven Rechte vorhanden, ist nicht erschöpfend[2]). Jellinek sagt: „Zu den Erlaubnissen, welche einen privilegierten Status begründen, zählt das weite Gebiet der gewerblichen Personal- und Realkonzessionen!“ Der privilegierte Status eines Individuums wird nach Jellinek durch Erweiterung der Freiheitssphäre hervorgerufen. Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigem Zwang. Der gesetzlich begrenzte Zustand eines Individuums ist der status libertatis, der negative Zustand, desselben. Die gesetzliche Begrenzung normiert die Freiheitssphäre des Individuums. Durch rechtsbegründende Verwaltungsakte, wie Erlaubnisse, welche ein Dürfen, und Verleihungen, welche ein Können gewähren, werden generelle Einschränkungen der individuellen Freiheit für bestimmte Personen derart ausser Kraft gesetzt, dass entweder deren Handlungsfähigkeit prinzipiell erweitert oder gewisse Äusserungen der in thesi bereits bestehenden Freiheit, die aus polizeilichen Gründen verboten waren, als rechtsmässig anerkannt werden. Hier liegt eine wahrhaft individuelle Privilegierung vor. Die behördliche „Kon-

[1]) Jellinek, Syst. der subj. öff. Rechte S. 107 ff.
[2]) Jellinek, ebenda S. 102. Note 2.

zession[1])“ dieser Art erweitert aber niemals die natürliche Handlungsfähigkeit, sondern sie hebt nur für konkrete Personen das Verbot auf, sie zu betätigen. Durch dieselbe wird dem Individuum, ganz wie bei den allgemeinen Freiheitsrechten ein genereller Anspruch an die Staatsbehörden auf Nichthindern und im Falle der Verletzung dieses Anspruches die Legitimation zur Rechtsbeschwerde gegeben.

Diese Theorien haben das gemein, dass sie in der Erlaubniserteilung nur die konkrete Beseitigung der objektivrechtlichen Schranken der Handlungsfreiheit im Gewerbebetrieb sehen.

Ich schliesse mich den letzten Ausführungen an. Die Gewerbefreiheit ist ein Ausfluss der natürlichen Handlungsfreiheit. Der Mensch ist nicht durch das Recht zu einer gewerblichen Tätigkeit befugt, sondern durch die Natur. „Eine natürliche Befugnis ist eine vom Recht nicht untersagte Ausübung der natürlichen Handlungsfähigkeit[2])“. — Der Staat hat durch Normierung der allgemeinen Gesetze des öffentlichen und bürgerlichen Rechts eine Rechtsordnung hergestellt, innerhalb welcher sich auch Handel und Gewerbe entwickeln können. Diese Rechtsordnung gewährt den Äusserungsmöglichkeiten der menschlichen Willensfähigkeit den Spielraum, der nach ihrer Meinung der Allgemeinheit den grössten Nutzen bringen kann. Durch diese Gesetze wird die natürliche Handlungsfreiheit der Menschen nicht beschränkt, das Handelndürfen innerhalb dieser von der Rechtsordnung gesteckten Grenzen bleibt eine Betätigung der von der Natur gegebenen Handlungsfreiheit. Diese Gesetze erkennen die Rechtsfähigkeit und die Handlungsfähigkeit, die in der Handlungsfreiheit zum Ausdruck kommt, an. Rechts und Handlungsfähigkeit stehen beide unter der Herrschaft des jeweilen geltenden

[1]) Jellinek verweist bei dem Ausdruck „Konzession“ auf Otto Mayers treffende Bezeichnung „Polizeiverbot in Form des Erlaubnisvorbehaltes.“

[2]) Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches 4. Aufl, Bd. III S. 195 Anm. 1.

Rechts und werden von der Rechtsordnung für das Haben, Erwerben, Übertragen von Rechten anerkannt und so zu rechtlichen Eigenschaften der Subjekte gestempelt, sie können aber niemals selbst zu Rechten werden, ebenso wenig wie ihre tatsächlichen Grundlagen, Mündigkeit, Grossjährigkeit usw.[1]).

Die Handlungsfreiheit auf dem gewerblichen Gebiet, die Gewerbefreiheit, wird auch kein Recht durch den Satz: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet". Durch diesen Satz ist ein politisches Prinzip proklamiert und zwar das der Gewerbefreiheit. Dieses Prinzip ist aber keineswegs konsequent durchgeführt. Vielmehr greift der Staat häufig aus Rücksichten für das Allgemeinwohl in die gewerbliche Tätigkeit seiner Untertanen ein und beschränkt die Handlungsfreiheit derselben. Die gesetzliche Beschränkung eines Gewerbes erfolgt durch Verbot mit Erlaubnisvorbehalt[2]). Sie erfolgt gewöhnlich für die, welche das Gewerbe z. Zt. nicht betreiben. Diese werden in ihrer natürlichen Handlungsfreiheit auf dem betreffenden Gebiet beschränkt. Wünscht ein von dem Verbot betroffener Untertan das Gewerbe zu betreiben, so hebt der Staat für ihn individuell das Verbot auf. Das Mittel, dessen sich der Staat hierzu bedient, ist die Erlaubnis. Die Erlaubnis hebt also die gesetzlichen Beschränkungen für den einzelnen wieder auf, sie stellt die natürliche Handlungsfreiheit des einzelnen wieder her, d. h., der Betreffende kann die Gewerbefreiheit auf dem Gebiet ausüben. Die Erlaubnis hat demnach ebenso wenig einen positiven Rechtsinhalt, wie die Gewerbefreiheit, sie ist ebensowenig subjektives Recht, wie diese, auch sie ist nur die Negation

[1]) Jellinek a. a. O. S. 102. Note 2 sagt: „Die entgegengesetzte, in der neueren Literatur von G. Meyer, Staatsrecht S. 799 ff. u. a. vertretene Ansicht, welche in herkömmlicher Weise in den Freiheitsrechten einzelne subjektive Rechte oder wie Löning das subjektive Recht der Freiheit erblickt, geht von jener unhaltbaren Theorie aus, wonach Qualitäten der Persönlichkeit zugleich Objekte ihrer Rechte sein können.

[2]) Vergl. hierzu Otto Mayer a. a. O. Bd. I S. 287 „Die Polizeierlaubnis."

gesetzlicher Beschränkungen — nämlich für den einzelnen.

Für die Erlaubniserteilungen der privilegierten Gewerbe ist die Konsequenz aus der Seydel-Labandschen Theorie noch nicht gezogen worden, es liegt aber, wie wir sehen werden, kein Grund vor, diese Gewerbe mit einem anderen Mass zu messen, wie andere Gewerbe. So zeigt uns die erste Entwicklung des Arzneimittelverkehrs in der geschichtlichen Übersicht[1]), wie derselbe zuerst von den Menschen in der ihnen von der Natur gegebenen Handlungsfreiheit ausgeübt wurde. Die eigenartige, spröde Materie erforderte bald Beschränkungen im Verkehr, das Volk übertrug die Ausübung aus freien Stücken den Priestern. Nach und nach wurden die gesetzlichen Beschränkungen erforderlich[2]), wie wir sie im geschichtlichen Teil kennen gelernt haben. Die Verordnung Kaiser Friedrichs II. versuchte dieselben auf dem Gebiet des Arzneimittelhandels zum ersten Male einheitlich durchzuführen. Diese Verordnung war ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Folgen waren Erlaubniserteilungen, wie wir sie in der Theorie von Seydel und Laband als Negationen gesetzlicher Beschränkungen für den einzelnen erklärt finden. Das System glich also unserem heutigen, das wir das System der Gewerbefreiheit nennen[3]). Wenn wir heute von einem System der Gewerbefreiheit sprechen, so soll das keineswegs heissen, dass die Gewerbefreiheit erst im modernen Staat geschaffen sei. Die Gewerbefreiheit, als Ausfluss der natürlichen Handlungsfreiheit des Menschen, können wir ebenso wenig geschichtlich begrenzen, wie wir einen Anfang des Rechtes durch die Geschichte nachweisen können. Wie das Wesen des Rechts durch den Wechsel

[1]) Vergl. oben Abschnitt I Kap. 1. Seite 4 ff.

[2]) Der Umstand, dass eine Beschränkung der natürlichen Handlungsfreiheit der Menschen nur durch Gesetze stattfinden kann, kann als indirekte Anerkennung derselben gelten.

[3]) Vergl. hierzu v. Seydel, Gewerbepolizeirecht S. 17 ff.; auch oben Absch. I Kap. 2 § 3 Seite 15.

der Rechtssätze bestimmt wird, so hat auch die Handlungsfreiheit der Menschen im Lauf der Zeiten durch den Wechsel der Rechtsordnung ein verschiedenes Aussehen gehabt, sie ist aber trotz Ausnahmen und Einschränkungen immer eine natürliche Befugnis geblieben. Einen Gegensatz in Bezug auf die Gewerbefreiheit gibt es auch nicht im Zunftsystem, im Konzessionssystem und im System der Gewerbefreiheit. Der Unterschied liegt darin: im Zunftsystem war den Zünften das Recht verliehen, die gesetzlichen Beschränkungen der Gewerbefreiheit für die Verbandsgenossen aufzuheben, im Konzessionssystem verfügte der Staat absolut über dieses Recht, im System der Gewerbefreiheit wird dieses Recht vom Staat nach bestimmten Gesetzen ausgeübt.

Die Privilegierung der Apotheken begann in der Zeit des Zunftsystems. Das Zunftsystem hat sich so recht aus der Erkenntnis herausgebildet, dass die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb kein subjektives Recht erzeugt. Die erteilte Erlaubnis gewährte den Gewerbetreibenden kein Recht gegen die Willkür der Behörden. — Deshalb schlossen sich die Gewerbe zu Zünften zusammen und verlangten vom Staat ein Selbstverwaltungsrecht. Die Zeit war ihnen günstig, es wurde ihnen das Recht verliehen, für die Verbandsgenossen die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilen zu können. Die von den Zünften erteilte Erlaubnis erzeugte zwar ebenso wenig ein subjektives Recht, auch sie hob nur die gesetzlichen Beschränkungen auf dem Gebiete der Gewerbefreiheit auf, aber die Verbandsangehörigkeit schützte die Mitglieder der Zünfte vor der Willkür der Obrigkeit, die sich des Rechtes der Erlaubniserteilung zu Gunsten der Zünfte entäussert hatte.

Abseits von den Zünften standen die Apotheker, auch sie hatten zu ihren kostspieligen Betrieben nur die Erlaubnis, die ebenso, wie die der anderen Gewerbetreibenden kein Recht erzeugte. Der Schutz der Zünfte wurde ihnen nicht zuteil. Da gab der Staat den Apothekern durch Privilegien Rechte. Um welche Rechte es sich handelt,

werden wir im nächsten Kapitel sehen; hier ist zunächst nur festzustellen, dass die Erlaubnis unabhängig von dem Privilegialrecht vor diesem bestanden hatte. Bei Neuanlagen von Apotheken wurde den Apothekern die Erlaubnis mit den Privilegialrechten in den Privilegien erteilt. Deshalb hat diese Erlaubnis aber keine andere Wirkung, als die nicht in einem Privilegium erteilte. Die den Apothekern erteilte Erlaubnis zum Arzneimittelhandel ist zu allen Zeiten dieselbe gewesen, zu jener Zeit, als man noch nicht an Privilegien dachte, wie heute, wo die verschiedensten Systeme neben einander bestehen. In den privilegierten, wie in den sog. konzessionierten und personalkonzessionierten Apotheken, in allen haben die Apotheker dieselben Befugnisse auf dem Gebiete des Arzneimittelhandels, in allen diesen Apotheken übt der Apotheker auf Grund einer ihm persönlich erteilten Erlaubnis das Apothekergewerbe aus; in dieser Beziehung gibt es keinen Unterschied im Gewerbebetrieb all' dieser Apotheken. Weder der privilegierte noch der sog. konzessionierte Apotheker können beim Verkauf ihrer Apotheke die ihnen für ihre Person erteilte Erlaubnis ihrem Nachfolger übertragen, noch dieselbe vererben.

Steht man auf dem Boden der Seydel-Labandschen Theorie, dass die Erlaubnis die Wiederherstellung der Handlungsfreiheit des einzelnen ist, so erkennt man sofort, dass mit der Person die Erlaubnis untergeht, denn die Handlungsfreiheit einer Person hört doch mit dem Tode auf. Aber auch die Anhänger der zuerst erwähnten Theorien, die in der Erlaubnis eine Erweiterung der Rechtsfähigkeit sehen, können die erweiterte Rechtsfähigkeit einer Person doch nicht auf andere Personen übertragen. Die Rechtsfähigheit, ob erweitert oder nicht, ist höchstpersönlich, stirbt die Person, so geht die Rechtsfähigkeit unter. Was nützt dem Käufer einer Apotheke die durch die Erlaubnis erweiterte Rechtsfähigkeit seines Vorgängers?

Ich kann auch die Auffassung, dass die Erlaubnis, die im Privilegium erteilt wird, ein subjektives, vererbliches

und veräusserliches Recht erzeugt, wie Schmid,[1]) Unger,[2]) Wächter[3]) und viele andere annehmen, nicht teilen.

Ich komme zu dem Schluss: Die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb ist immer persönlich, sie ist unter keinen Umständen übertragbar, sie kann niemals Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs werden, sie erzeugt keinerlei subjektive Rechte, also auch keine Privilegialrechte. –

Die dem Apotheker erteilte Erlaubnis hat folgende Wirkung. Die Erlaubnis ist persönlich; sie wird nur erteilt, wenn die persönlichen Eigenschaften des Apothekers (Approbation und moralische Qualifikation) wie auch die Betriebsmittel und die Anlage des Unternehmens geprüft und gebilligt sind.[4]) Diese werden von der Erlaubnis mit erfasst;[5]) die Folge ist, dass sowohl bei einem Wechsel der Person, als auch der Betriebsmittel eine neue Erlaubnis erteilt werden muss. Die verlangte Billigung der Betriebsmittel ist als Auflage zur Erlaubnis aufzufassen. Ein Personenwechsel wird für nicht eingetreten erachtet, wenn nach gesetzlicher Bestimmung[6]) die erteilte Erlaubnis noch zu Gunsten der Witwe und der minderjährigen Erben des Empfängers weiter wirkt. Witwe und Erben gelten dann als Fortsetzer der Persönlichkeit des Verstorbenen.

Als Wechsel der Betriebsmittel gelten nicht: unwesentliche Änderungen, auch nicht Wiederherstellung zerstörter

[1]) Schmid, a. a. O. S. 9 sagt: „Der vermögensrechtliche Charakter eines Gewerbsprivilegiums drückt sich darin aus, dass die Gewerbsberechtigung selbst wieder Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs und damit Objekt der vermögensrechtlichen Herrschaft ist!“

[2]) Unger a. a. O. Seite 592 f. sagt: „Das durch Privilegium erteilte Recht kann eine Gewerbs- und Handelsbefugnis sein,“ weiter spricht Unger von der Vererblichkeit und Veräusserlichkeit dieser Rechte.

[3]) Wächter a. a. O. Bd. II S. 335 ff.

[4]) nach den Apothekenbetriebsordnungen der Einzelstaaten.

[5]) vergl. hierzu Otto Mayer a. a. O. Bd. I S. 295.

[6]) Diese Materie ist in den einzelnen Landesgesetzen geregelt und wird durch den § 46 der R. G. O. ergänzt für die Dauer einer Kuratel oder einer Nachlassregulierung; durch § 45 R. G. O. für die Dauer eines Konkurses.

Anlagen und Einrichtungen. Als Wechsel gilt aber die Verlegung des Unternehmens. — Dem Apotheker N. N. wird die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb erteilt, bedeutet also: Die Handlungsfreiheit für N. N. wird in dem Umfang wiederhergestellt, dass er das Apothekergewerbe mit polizeilich genehmigten Mitteln betreiben darf. —

Kapitel 2.

Das verliehene Apothekenprivilegialrecht.

§ 1. Der Begriff.

Vergleicht man ein Apothekenprivilegium und eine Urkunde, in welcher einem Apotheker die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb erteilt wird, so zeigt uns dieser Vergleich, wo das Apothekenprivilegialrecht zu suchen ist. — In der Erlaubniserteilung[1]) heisst es: „Dem Apotheker N. N. wird die Konzession zur Anlegung und zum Betriebe einer Apotheke in X hiermit erteilt. Diese Konzession ist weder vererblich noch veräusserlich, auch steht dem Inhaber nicht das Recht zu, einen Geschäftsnachfolger zu präsentieren!“ In einem vor mir liegenden Privilegium lautet der entsprechende Passus folgendermassen: „Wir privilegieren für Uns Allerhöchst Selbst und Unsere Nachfolger in der Regierung dem N. N. über die Anlage einer Apotheke in Unserer Stadt X, durch diese öffentliche Ausfertigung also und dergestalt, dass ihm Kraft derselben die Befugsame verliehen wird in genannter Stadt eine Apotheke anzulegen und zu halten, solche nach allen Rechten des Eigentums

[1]) Der heute in Preussen übliche Text für die Erlaubniserteilungen zum Apothekergewerbebetrieb.

zu besitzen und an seine Erben, auch jeden anderen rezipierten Apotheker zu übertragen![1])“

Die Erlaubniserteilung wird im ersten Fall durch die Worte ausgedrückt: „Dem Apotheker N. N. wird die Konzession zur Anlegung und zum Betrieb einer Apotheke in X hiermit erteilt.“ Im zweiten Fall wird diese Erlaubnis mit folgenden Worten erteilt: „Wir privilegieren dem N. N. durch diese öffentliche Ausfertigung also und dergestalt, dass ihm Kraft derselben die Befugsame verliehen wird in genannter Stadt eine Apotheke anzulegen und zu halten.“

Im ersten Fall ist der positive Inhalt der Urkunde mit der Erlaubniserteilung erschöpft,[2]) im Privilegium heisst es neben der Erlaubnis: „Der Apotheker N. N. soll die Apotheke nach allen Rechten des Eigentums besitzen und kann dieselbe an seine Erben, auch jeden anderen rezipierten Apotheker übertragen.“ In diesem Satz liegt das verliehene Apothekenprivilegialrecht.

Im allgemeinen und im amtlichen Sprachgebrauch wird dieses Recht mit den Worten bezeichnet, der Apotheker habe das Recht, seine Apotheke zu veräussern und zu vererben. Unter Apotheke versteht man dann gewöhnlich alles, was zum apothekergewerblichen Unternehmen gehört, das Gebäude, die Apothekeneinrichtung, das Warenlager und die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb. Das gewerbliche Unternehmen und die Erlaubnis decken allerdings den Begriff Apotheke, aber der Verleiher hat dem Apotheker doch nicht das Eigentumsrecht an dem Gebäude, der Einrichtung usw. verliehen. Diese hat der Apotheker gekauft, das Eigentumsrecht ist nicht auf den Rechtstitel Privilegium zurückzuführen, sondern auf den käuflichen Erwerb seitens des Apothekers. Das Eigentumsrecht an diesen Sachen

---

[1]) Der Wortlaut der Privilegien ist natürlich verschieden, hier handelt es sich um eine vererbliche und veräusserliche Apotheke.

[2]) In der Urkunde heisst es noch: „Im Falle seines Ablebens sollen der Witwe oder den Waisen lediglich die im § 4 der revidierten Apothekerordnung vom 11. X. 1801 bezeichneten Vergünstigungen zuteil werden. Vergl. hierzu auch oben Seite 127.

wird in dem Privilegium garnicht berührt; der Verleiher hat auch gar kein Recht, über das Eigentum des Beliehenen zu verfügen, am wenigsten durch die Eigentumsbeschränkung, die in den Worten liegt, der Beliehene kann die Apotheke nur an einen rezipierten Apotheker übertragen. Es bliebe also nur noch die Erlaubnis übrig; von der Erlaubnis wissen wir aber, dass sie nur für die Person des N. N. gilt und dass sie unter keinen Umständen übertragbar ist. Soll also das gewerbliche Unternehmen als Apotheke weiter verkauft werden, so muss dem Käufer für seine Person die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb erteilt werden. — Nun ist aber mit den Worten: „Der Apotheker N. N. kann die Apotheke an jeden anderen rezipierten Apotheker übertragen" dem Apotheker N. N. das Recht verliehen worden, seinem Nachfolger das Unternehmen als Apotheke zu übertragen. Dazu gehört die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb für die Person des Nachfolgers, also muss der Apotheker N. N. das Recht haben seinem Nachfolger die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb für dieses Unternehmen erteilen zu können. Und dieses Recht hat er. Dieses Recht ist dem N. N. durch das Privilegium verliehen, das ist das Privilegialrecht. Der Inhalt des Apothekenprivilegialrechts ist also nicht die Erlaubnis, sondern es ist das Recht, einem Nachfolger die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb erteilen zu können. —

Das Apothekenprivilegialrecht ist durch einen rechtsbegründenden Akt der Privilegiengewalt entstanden, und zwar durch die concessio.[1]) Der Inhalt der concessio muss nach Otto Mayer[2]) darin bestehen, dass dem Untertanen dadurch rechtliche Macht gegeben werden soll über die öffentliche Verwaltung. Und zwar soll das in der Weise geschehen, dass er etwas, was zur öffentlichen Verwaltung gehört, ein Stück von ihr bildet, ihm ausgeliefert wird und er es in eigenen Besitz erhält. Durch die Verleihung wird

[1]) Über das Wesen der concessio vergl. oben Absch. III Kap. 2 § 1, IV.
[2]) Otto Mayer a. a. O. Bd. II S. 147.

einem Untertanen rechtliche Macht gegeben über ein ausgeantwortetes Stück öffentlicher Verwaltung. Weiter sagt Otto Mayer:[1]) „Es handelt sich um etwas, was nicht dafür angesehen ist, in der natürlichen Freiheit schon enthalten zu sein.“ — Dem privilegierten Apotheker ist durch die concessio das Recht verliehen worden, seinem Nachfolger die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb zu erteilen. Das Recht der Erlaubniserteilung zum Gewerbebetrieb gehört zur öffentlichen Verwaltung, es bildet ein Stück von ihr. Die Erlaubniserteilung ist ein Verwaltungsakt, durch welchen die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse stattfindet. Dieses Stück öffentlicher Verwaltung ist dem privilegierten Apotheker, soweit es sich auf das von ihm betriebene Unternehmen erstreckt, ausgeantwortet; über dieses Stück ist ihm eine rechtliche Macht gegeben, er hat es in eignen Besitz erhalten, der Staat hat sich desselben zu seinen Gunsten entäussert. Hier wird durch die concessio nicht ein dingliches Recht an einer Sache begründet, sondern es wird eine Macht verliehen, eine gewisse Tätigkeit auszuüben.[2]) — In jedem Privilegium ist der Tätigkeitsbereich des Beliehenen genau abgegrenzt. Auf den verschiedenen Umfang desselben ist unten noch näher einzugehen.

Das Apothekenprivilegialrecht hat, als gemeinsames Recht aller privilegierten Apotheker gedacht, eine grosse Verwandtschaft mit einem Selbstverwaltungsrecht. Das war besonders der Fall, als es nur privilegierte Apotheken gab. Die Apotheker übten einen Teil der gewerbepolizeilichen Gewalt allein aus, sie waren es, die die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb erteilen konnten; nur für Neuanlagen übte der Staat diese Tätigkeit aus. — Im vollen Umfang sind die Apotheker aber nicht mit diesen polizeilichen Befugnissen privilegiert. Wir haben gesehen, dass eine Erlaubnis erst wirksam wird, wenn die Eigenschaften der Person und der Betriebsmittel geprüft und gebilligt

[1]) Otto Mayer a. a. O. Bd. II S. 295.

[2]) Otto Mayer a. a. O. Bd. II S. 153 tritt für ein öffentliches Sachenrecht ein. Jellinek hält es für unmöglich, ebenso Seydel u. a.

sind. Diese Prüfung und Billigung hat sich der Staat vorbehalten. Hat der Nachfolger des privilegierten Apothekers die vom Staat verlangten Qualifikationen und genügen die Betriebsmittel den staatlichen Anforderungen, so muss der Staat die erteilte Erlaubnis anerkennen. So wird es auch in der Praxis gehandhabt.[1])

Dass es sich im Apothekenprivilegialrecht nicht um die Erlaubnis und um eine aus dieser Erlaubnis hergeleitete Gewerbeberechtigung, wie angenommen wird, handelt, sondern um das Recht, diese Erlaubnis erteilen zu können, zeigt auch die geschichtliche Entwicklung. Wir wissen, dass die Unsicherheit des Rechtszustandes, die damaligen schwachen Regierungsgrundsätze,[2]) etwas auch das eigene Machtbewusstsein die Gewerbe dazu drängten, Rechte zu erstreben, die den Gewerbebetrieb von den Launen missgünstiger Behörden unabhängig zu machen imstande waren. So wurde denn den Zünften durch Privilegien das Recht verliehen, für ihre Verbandsgenossen die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilen zu können. Es war ein Selbstverwaltungsrecht. Der nicht zünftige Apotheker trachtete natürlicherweise nach gleichem Recht zu seiner und seines Unternehmens Sicherheit; so erhielt auch er das Recht, für seinen Geschäftsnachfolger die Erlaubnis erteilen zu können. Es liegt also im Apothekenprivilegialrecht augenscheinlich eine Nachbildung der privilegierten Zunftrechte vor.

Als nach der franz. Revolution in Frankreich und später in den deutschen Landesteilen, die unter französische Herrschaft kamen, die Apothekenprivilegien eingezogen wurden, wurden die Privilegialrechte den Apothekern genommen, die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb blieb ihnen aber.[3])

[1]) Der Verkauf einer privilegierten Apotheke wird den Behörden als vollendete Tatsache mitgeteilt. Die Behörden verlangen vom Käufer den Nachweis der Qualifikation und sie können eine Revision der Betriebsmittel vornehmen. Vergl. auch Kapitel 6 dieses Abschnitts.

[2]) Vergl. hierzu Schlichthörle, Gewerbsbefugnisse Bd. I. § 15 ff.

[3]) Vergl. hierzu Duden a. a. O. S. 18 ff, auch Doehl, Konzessionswesen Bd. II Kp. 1.

Ebenso würde, wenn man heute die Privilegien der Apotheker ablösen wollte, die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb unberührt bleiben.

§ 2. Der Umfang.

Früher wurden die Apothekenprivilegialrechte als zeitlich begrenzte Rechte verliehen, die Privilegien waren privilegia temporalia. Diese Rechte haben heute nur noch historischen Wert; entweder sind sie, wie bereits oben erwähnt, untergegangen oder durch Extension in zeitlich unbegrenzte Rechte verwandelt worden[1]). Dennoch müssen dieselben, sowohl der Vollständigkeit wegen, wie auch deshalb, weil diese befristeten Rechte deutlich die erste Entwicklung der Apothekenprivilegialrechte zeigen, hier angeführt werden.

Die Möglichkeiten der Befristung sind im allgemeinen dieselben wie bei einem Rechtsgeschäft. Die Befristung war bestimmt oder unbestimmt. Der *dies a quo* war für das Apothekenprivilegialrecht aber immer der Tag der Verleihung; da das Recht eine Wirkung gegen dritte nicht hat, konnte es sofort wirksam werden[2]). Der *dies ad quem* war niemals certus an certus quando; certus an incertus quando war er, wenn das Recht bis zum Tode des Verleihers oder, was bei weitem häufiger war, bis zum Tode des Beliehenen wirken sollte. Das so befristete Privilegium war ein privilegium personae datum, es wirkte als höchstpersönliches Recht, es klebte an der Person und war weder auf Erben übertragbar noch konnte es an dritte abgetreten werden. Bestand ein Zweifel über die Dauer der Privilegien, so legte man dieselben als höchst-

[1]) Vergl. oben Seite 83 f.

[2]) Schlayer a. a. O. S. 82 führt Holzschuher an: „die rechtliche Wirkung eines Privilegiums beginnt für den Privilegierten mit der Erteilung; gegen Dritte aber erst nach erfolgter Promulgation, sowie auch ein Gesetz nicht eher wirksam wird. Wo das Privilegium nur in Form eines Gesetzes erlassen werden kann, versteht sich die Publikation von selbst.

persönliche Rechte aus. Wächter[1]) sagt dazu: „Hier ist im Zweifel festzusetzen, dass die Vergünstigung bloss eine persönliche Beziehung habe und lediglich durch die individuellen Verhältnisse des Begünstigten in Erteilung und Fortdauer motiviert sey". Es ist daher ein solches Privilegium in der Regel als ein höchstpersönliches auf die Erben nicht übertragbares und an andere nicht abtretbares Recht zu behandeln. Hierzu gehören z. B. auch die bloss für die Person erteilten Gewerbeprivilegien!" Nach Wächter und Unger ist das privilegierte Recht und die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb identisch; diese subjektiv berechtigende Erlaubnis wäre also mit dem Tode des Höchstprivilegierten erloschen. Wir wissen aber, dass die polizeiliche Erlaubnis durch Fortsetzung der Person des Verstorbenen über dessen Tod hinaus zu Gunsten der Witwe und minorennen Kinder fortwirken kann; diese Erlaubnis wirkt also dann weiter, wie die privilegierte Gewerbebefugnis nach Wächter. Diese Auffassung ist nicht haltbar, denn was soll ein Privilegialrecht, das die Möglichkeit der Fortsetzung der Erlaubnis aufhebt und bestimmt, dass die Gewerbebefugnis mit dem Tode des Beliehenen erlischt? — Wozu hier ein Privilegium, wo die polizeiliche Erlaubnis ohne dasselbe weiter wirkte? — Nach meiner Ansicht hatte das privilegium personalissimum folgende Wirkung. Der auf diese Weise privilegierte Apothekerbetrieb seine Apotheke, wie jeder Apotheker, auf Grund einer polizeilichen Erlaubnis; wie lange diese Wirkung hatte, haben wir gesehen. Ausserdem war er mit dem höchstpersönlichen Apothekenprivilegialrecht beliehen. Dieses konnte er ausüben, so lange er lebte, das heisst, er konnte jedem Geschäftsnachfolger, sei es nun einem Sohn oder einem Käufer, die natürlich Apotheker sein mussten, die Erlaubnis zum Betriebe für seine Apotheke erteilen. Fiel die Apotheke an ihn zurück, etwa durch Erbgang oder Konkurs, so konnte der Beliehene entweder sich selbst oder einem anderen Apotheker wieder die Erlaubnis er-

[1]) Wächter a. a. O. Bd. II S. 336 u. Anm. 15.

teilen. Solange der Beliehene lebte, konnte er das Recht ausüben; starb er, so erlosch das Recht. Hatte der Höchstprivilegierte bei Lebzeiten aber versäumt, jemandem die Erlaubnis zu erteilen, so war das Recht nicht mehr zu realisieren. Da dasselbe nicht vererblich und veräusserlich war, konnten es die Nachfolger nicht ausüben. Aus dieser Auffassung ist eine rechtliche Machtbefugnis herzuleiten; die rechtliche Folge war die, dass der Beliehene die Apotheke als solche unter allen Umständen über seinen Tod hinaus erhalten konnte, was mit der Erlaubnis nicht immer möglich war. Die geschichtliche Entwicklung zeigt uns auch, dass dieses die Absicht der Verleiher war.

Dieses Recht konnte die Apotheker auf die Dauer nicht befriedigen, sie erstrebten ein vererbliches Privilegialrecht. Die Befristung wurde dies incertus an incertus quando, das heisst, mit dem Aussterben der Familie erlosch das Recht. Es war vererblich, jeder Erbe konnte das Recht ausüben. War im Privilegium der Kreis der für das Recht in Betracht kommenden Erben begrenzt, so durften nur diese das Recht ausüben. Nur vererbliche Apothekenprivilegialrechte haben wir heute nicht mehr. Die Auslegung derselben hat früher viele Streitfragen hervorgerufen [1]). So interpretierten die einen, dass eine Vererbung nur auf die Deszendenten stattfinden könnte, andere wieder wollten die Intestaterben, wieder andere die Testamentserben ausgeschlossen wissen. Der Zug der Zeit war gegen die Privilegien und so sind am Ende des achtzehnten Jahrhunderts viele Rechte durch die ein-

[1]) Vergl. hierzu Glück a a. O. § 100; ebenso Unger a. a. O. Bd. I S. 591, die auch auf Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechts Teil 2 S. 91 hinweisen. „Die strenge Auslegung der Privilegien hat damals sicher grosse Härten hervorgerufen.“ So sagt Glück: „Heisst es im Privilegium: „Nachkommen vom Stamm und Namen des Erwerbers oder Nachkommen in der Familie, so können freylich dergleichen Privilegien auf die Töchter des Erwerbers, welche durch Verheyrathung aus der Familie desselben herausgegangen sind und deren Descendenz, da diese den Namen des Erwerbers nicht führt, keineswegs erstrecket werden.“

schränkende Auslegung für erloschen erklärt worden. Ein Teil der vererblichen Apothekenprivilegien ist durch Extension in vererbliche und veräusserliche verwandelt worden, ein Teil ist zu solchen durch die Landesgesetzgebung geworden [1]).

Die Befristung dies incertus an et quando, also ein privilegium temporale liegt nach Hinschius [2]) auch vor, wenn ein Privilegium unter einer Resolutivbedingung gegeben ist. Hierzu vergl. oben Abschnitt III, Kapitel 3, § 1.

Die Befristung dies incertus an certus quando dürfte nicht zu häufig vorgekommen sein. Dieselbe war gegeben, wenn z. B. das Recht bis zur Volljährigkeit eines Erben seine Gültigkeit haben sollte.

Die vererblichen und veräusserlichen Apothekenprivilegien sind nicht befristet, sie sind privilegia perpetua [3]).

Die Konstellation bei der Vererbung und Veräusserung eines Apothekenprivilegialrechts kann eine sehr mannigfaltige sein. Die folgenden Fälle dürften die meisten Möglichkeiten berühren: Es handelt sich also um das Recht des Apothekers, einem Erben oder Käufer die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb für eine bestimmte Apotheke erteilen zu können und ihnen das Recht zu übertragen, damit sie, wenn sie in dieselbe Lage kommen, die Erlaubnis wieder erteilen können.

Subjekt der Erlaubnis kann nur ein Apotheker sein. Subjekt des Rechts kann jedermann sein, jedoch ist die Verkäuflichkeit in den Privilegien [4]) selbst oder durch Gesetze [5]) oft derartig beschränkt, dass auch das Subjekt des

---

[1]) Vergl. hierzu Absch. III Kap. 2 § 1. IV.

[2]) Hinschius a. a. O. S. 809: „Die privilegia temporalia umfassen auch die unter einer Resolutivbedingung gegebenen.

[3]) Die von mir beabsichtigte Trennung des verliehenen Rechts und des ererbten und erkauften Rechts ist hier nicht ganz durchzuführen; die Vererblichkeit und die Verkäuflichkeit geben einerseits dem Beliehenen eine Macht, anderseits greift ihre Wirkung über die Lebensdauer des Beliehenen hinaus.

[4]) Vergl. hierzu oben S. 128f. das dort angeführte Beispiel.

[5]) Z. B. § 2 der preuss. Apothekerordnung von 1801.

Rechtes ein Apotheker sein muss. In Bezug auf die Vererblichkeit ist eine solche Beschränkung natürlich ausgeschlossen. Um nun Recht und Erlaubnis tunlichst auf ein Subjekt zu vereinigen, haben die Landesgesetze[1]) entsprechende Bestimmungen getroffen unter einer Fristsetzung für die Fälle, in denen das Recht durch Vererbung, Schenkung, Konkurs, im Fall einer Kuratel an eine Person kommt, die nicht Subjekt der Erlaubnis sein kann.

So wirken denn heute Recht und Erlaubnis folgendermassen: Erben die Witwe oder die minderjährigen Kinder eine privilegierte Apotheke, so gilt die Erlaubnis des Erblassers bis zum Tode der Witwe bezw. bis zur Volljährigkeit der Kinder[2]), die Apotheke muss von einem Apotheker verwaltet werden. Subjekt des Privilegialrechts sind entweder die Witwe oder die Kinder. Sie können die Apotheke verkaufen und erteilen in dem Fall dem Käufer die Erlaubnis zum Betriebe der Apotheke auf Grund des von ihnen ererbten Privilegialrechts, das sie dem Käufer übertragen, damit er das Recht nötigenfalls wieder erteilen kann

Ist der Erbe volljährig und nicht Apotheker, so gilt die Erlaubnis des Erblassers bis zum Verkauf der Apotheke an einen Apotheker. Die Apotheke muss bis dahin von einem Apotheker verwaltet werden. Dasselbe gilt, wenn die Erben minderjährig und nicht Kinder des Erblassers sind. In welcher Zeit der Verkauf der Apotheke stattzufinden hat, bestimmen die Landesgesetze[3]). Der Erbe hat das Recht der Erlaubniserteilung geerbt und erteilt dem Käufer auf Grund dieses Rechts die Erlaubnis. Das Recht selbst geht in die Hände des Käufers über.

Ist ein volljähriger Erbe Apotheker und Erbe durch Testament oder Erbvertrag, so ist demselben die Erlaubnis in dem Augenblick erteilt, in welchem Testament oder Erb-

[1]) Siehe hierzu H. Böttger, die Apothekengesetzgebung des deutschen Reichs und der Einzelstaaten Bd. II.

[2]) Vergl. oben S. 127.

[3]) Vergl. hierzu H. Böttger, die Apothekengesetzgebung des deutschen Reichs und der Einzelstaaten Bd. II.

vertrag gemacht sind; sie wird aber erst wirksam mit dem Erlöschen der Erlaubnis des Erblassers. Er erbt das Recht, seinem Nachfolger die Erlaubnis erteilen zu können. — Ist ein Apotheker Intestaterbe, so erbt er das Recht der Erlaubniserteilung, das er dazu verwenden kann, sich selbst oder einem Käufer die Erlaubnis zu erteilen.

Fällt einer Person, die nicht Apotheker ist, eine privilegierte Apotheke auf andere Weise zu, etwa im Konkurs oder durch Schenkung, so wirkt die Erlaubnis bis zum Verkauf an einen Apotheker. Der Verkauf hat in einer bestimmten Zeit zu erfolgen, während dieser Zeit muss die Apotheke von einem Apotheker verwaltet werden. Mit dem Verkauf wird dem Käufer vom Verkäufer, auf Grund des zugefallenen Rechts, die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilt.

Was den räumlichen Umfang der Geltung der Privilegien betrifft, so gilt nach Glück[1]) der Satz, dass Privilegien, ebenso wie Gesetze nur im Staate desjenigen Regenten eine Gültigkeit haben, der solche verliehen hat. Wir haben gesehen, dass Apothekenprivilegien auch von Nichtsouveränen verliehen sind, man wird deshalb besser sagen, die Privilegien gelten für den Bereich, für den der Verleiher das Recht hatte, Privilegien verleihen zu können. Heute gelten die Privilegien für den Bundesstaat, der Rechtsnachfolger der Verleiher ist.

Das Apothekenprivilegialrecht gilt jedesmal für einen bestimmten Beziehungsgegenstand und zwar für die im Privilegium bestimmte Apotheke. Über diesen Beziehungsgegenstand reicht das Recht niemals hinaus. Die Ausübung des Rechts, also die Erlaubniserteilung für eine andere als die im Privilegium bestimmte Apotheke ist ausgeschlossen. Die Bestimmung der Apotheke fand auf folgende Weise statt. Zunächst wurden die Betriebsmittel des Unternehmens geprüft; wurde darauf dem Unternehmer die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilt, so waren dadurch gleichzeitig die

[1]) Glück a. a. O. Bd. II S. 3.

Mittel gebilligt.[1]) In Bezug auf dieses gebilligte Unternehmen, nunmehr eine Apotheke, wurde dem Unternehmer, nun Apotheker, das Privilegialrecht verliehen. Auf diese Weise war das Recht mit seinem Beziehungsgegenstand, der Apotheke, verbunden, hiervon ist es nicht mehr zu trennen. Für die erste Apotheke eines Ortes war dem Apotheker die Lage der Apotheke im Ort gewöhnlich überlassen, genügten die Betriebsmittel, so wurde ihm ein privilegium personale in Bezug auf die bestimmte Apotheke verliehen. Die Apotheke war keine unbewegliche Sache und der Apotheker konnte die Apotheke beliebig im Ort verlegen, sofern die neuen Betriebsmittel genügten. Die Prüfung der Betriebsmittel hatte aber nach wie vor die Behörde, also bedurfte und bedarf der Apotheker aus diesem Grunde der Zustimmung der Behörde zur Verlegung. In diesen Privilegien hiess es: Die Anlage einer Apotheke in X wird gestattet. . . .

Als dann die Städte wuchsen und mehrere Apotheken nötig wurden, wurde die Anlage der Apotheke in einem bestimmten Stadtteil verlangt. Was oben für die Stadt galt, galt hier für den Stadtteil.

Endlich wurden aber auch Realprivilegien verliehen. Es wurde die Anlage der Apotheke in einem bestimmten Hause im Privilegium verlangt. Das Privilegialrecht wurde an das Haus oder an das Grundstück geknüpft, der Beziehungsgegenstand des Rechtes, die Apotheke wurde unbeweglich. Hierauf ist im Abschnitt IV Kapitel 5 § 2 näher einzugehen.

§ 3. Das Wesen.

Das verliehene Apothekenprivilegialrecht zeigt alle Eigenschaften der Privilegialrechte.[2]) Für den Erwerb desselben war nicht eine Handlung[3]) des betreffenden Apo-

[1]) In vielen Privilegien ist auf eine vorhergegangene Prüfung der Betriebsmittel hingewiesen.

[2]) Vergl. hierzu Abschnitt II Kap. 3.

[3]) Eingaben und Bitten um Gewährung eines Privilegs sind, wie wir

thekers oder ein Ereignis Voraussetzung. Die Rechtsordnung selbst bestimmte in dem und durch den Individualrechtssatz das Rechtssubjekt; sie schuf ein Rechtsverhältnis, indem sie ein Recht aus ihrem Machtbereich aussonderte und es dann unmittelbar dem Rechtssubjekt zu eigen gab. Hierbei lehnte die Rechtsordnung an die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb an, die der zu privilegierende Apotheker bereits hatte. Die Erlaubnis hatte einen Zustand geschaffen, der an und für sich rechtlich irrelevant war, der aber der Rechtsordnung für die Privilegierung genehm war. Auf diese Erlaubnis bezog die Rechtsordnung das Recht; sie verlieh dem mit polizeilicher Erlaubnis seine Apotheke betreibenden Apotheker das Recht, einem Nachfolger für diese Apotheke die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilen zu können.

Im Apothekenprivilegium wurde auch zugleich das Rechtsverhältnis konkretisiert, d. h. es wurde eine rechtlich wirksame Beziehung zwischen Staat und Apotheker in Bezug auf die Betriebserlaubnis für eine bestimmte Apotheke geschaffen.

Die Rechtsordnung bestimmte auch im Apothekenprivilegium, ob und in welchem Umfange eine Veränderung des Rechtssubjekts stattfinden darf, indem sie das Recht entweder höchstpersönlich oder vererblich oder vererblich und veräusserlich verlieh, oder es an eine Sache knüpfte. — Gleichzeitig schloss die Rechtsordnung die Konstituierung und Restituierung des Rechtes aus.

In den Apothekenprivilegien tritt auch das eigentliche Begriffsmerkmal der Privilegien, dass Rechtssatz und Rechtsverhältnis sich decken, deutlich hervor. In dem oben erwähnten Beispiel heisst es: „Der Apotheker N. N. soll die Apotheke nach allen Rechten des Eigentums besitzen und kann dieselbe an seine Erben, auch jeden anderen rezipierten Apotheker übertragen!“ In diesem Satz wird Recht gesetzt, durch denselben wird zugleich Recht verliehen.

geschen haben, keine rechtswirksamen Handlungen, vergl. dazu Abschnitt III Kap. 2 § 1. II.

In diesem Satz liegt die Rechtsnorm und das Rechtsverhältnis.

Das Apothekenprivilegialrecht ist lege, vielmehr priva lege entstanden, es ist ein gesetzliches Recht, soweit man das Privilegium als Gesetz anerkennt. Das Recht ist auf dem Rechtstitel Privilegium begründet. Die Rechte sind jura quaesita, für die Beliehenen war das Privilegium nicht nur Rechtstitel, sondern auch Erwerbstitel. Die Rechte sind gesetzgeberischen Eingriffen entzogen, d. h. neue Gesetze über den Erwerb, den Umfang, die Ausübung und das Erlöschen berühren die Apothekenprivilegialrechte nur, wenn in den Gesetzen ausdrücklich bestimmt wird, dass die Rechte eingeschlossen sind.

Die Struktur des verliehenen Apothekenprivilegialrechts ist folgende: Subjekt des Rechts, also die Person, der eine besondere Willensmacht durch die Privilegialrechtsnorm zuerkannt wird, ist der Beliehene. Da die Ausübung des Rechtes keine besondere Qualifikation voraussetzt, so ist der Kreis der in Frage kommenden Rechtssubjekte unbeschränkt, sofern nicht das Privilegium [1]) selbst oder gesetzliche Bestimmungen [2]) denselben beschränken. Für die Apothekenprivilegien war das Subjekt in den meisten Fällen ein Apotheker, selten wurde ein Arzt damit beliehen. Aber auch juristischen Personen, wie Klöstern, Universitäten [3]), Gemeinden z. B. für Krankenhausapotheken, wurden Apothekenprivilegien verliehen. Bei Hofapotheken und Kommunalapotheken, bei letzteren, wenn sie durch die eigene Privilegiengewalt der Kommunen begründet wurden, kann man nicht von einer Verleihung sprechen. Verleiher und Beliehener wären dieselbe Person. In diesen Fällen haben die Inhaber der Privilegiengewalt das Recht, Apotheken begründen zu können für sich selbst ausgeübt,

[1]) Wie in dem oben S. 128 f. erwähnten Beispiel Wächter a. a. O. Bd. II S. 335 f. nennt ein solches Privilegium ein „gemischtes Realprivilegium."

[2]) Z. B. die preuss. Apothekerordnung von 1801 § 2.

[3]) Die Universitätsapotheke in Breslau war erst einem Kloster privilegiert, dann übernahm sie die Universität. 1860 verkaufte der Staat dieselbe.

sie entäussern sich hier nicht einer Machtbefugnis, sondern nehmen dieselbe für einen konkreten Fall für sich in Anspruch. Wurde das Recht als Realrecht an eine Sache geknüpft, so war nicht die Sache Subjekt, sondern der Eigentümer der Sache, denn zum Rechtssubjekt eignet sich nur ein durch Rechtssatz als Träger eines freien Willens anerkanntes Wesen, also nur eine Person[1]). In allen Fällen, in denen nicht ein Apotheker Subjekt des Rechtes ist, muss die Apotheke von einem Apotheker verwaltet werden.

Das Prädikat des Rechtes, in welchem sich das Machthaben des Subjekts ausdrückt, ist das „Erteilen" und zwar das Erteilen der Erlaubnis; mit anderen Worten ist es das Aufheben eines gesetzlichen Verbotes für eine bestimmte Person. Es handelt sich um die Macht, einen Akt ausüben zu können, der sonst nur vom Staat ausgeübt werden kann.

Das Objekt des Rechtes ist der Verleiher, der sich seines Rechtes der Erlaubniserteilung für einen bestimmten Fall entäussert hat und es dem Beliehenen überantwortet hat. Der Verleiher ist so gleichzeitig Subjekt der dem Recht entsprechenden Pflicht. Der Verleiher, das ist der Staat im engeren oder weiteren Sinne, ist der einzige Verpflichtete in Bezug auf das Apothekenprivilegialrecht. Das Recht ist relativ, denn niemand anders als der Staat kann das Recht hindern oder schmälern. Die Auferlegung von Pflichten[2]) für den beliehenen Apotheker ist keine Schmälerung des Rechts, sie bezweckte nur die Verhinderung einer unbilligen Ausdehnung desselben und die Gewährleistung einer vom Verleiher im Interesse des Allgemeinwohls erwünschten Ausübung des Apothekergewerbes. Diese Pflichten sind nicht Korrelate zur Befugnis aus dem Privilegialrecht[3]). Eine Schmälerung des Rechtes übt der Staat aus, wenn er den Kreis der Personen, die für die

[1]) Vergl. hierzu Kapitel 5 § 2 dieses Abschnitts.
[2]) Vergl. hierzu Kapitel 3 § 2 dieses Abschnitts.
[3]) Vergl. hierzu oben Abschnitt III Kap. 2 § 1. II.

Erlaubniserteilung in Betracht kommen, durch gesetzliche Bestimmungen verkleinert. Durch die Verleihung eines anderen gleichen Privilegs an eine andere Person wird niemals das verliehene Recht geschmälert, denn es handelt sich ja um das Recht der Erlaubniserteilung für eine bestimmte Apotheke. Es können dadurch wohl die Interessen des zuerst Privilegierten geschädigt werden, aber die Ausübung des Rechtes leidet nicht darunter. Auch der Einwand kann nicht gemacht werden, dass der Kreis der Personen, die für die Erlaubniserteilung in Frage kommen, durch gleiche Privilegierung verringert werde, denn der Verleiher hat sich eo ipso die Verleihung gleicher Rechte an andere vorbehalten[1]). Über diesen Vorbehalt in Bezug auf die Exklusivrechte vergleiche unten Seite 150 f.

Der Beziehungsgegenstand des Rechtes ist die Erlaubnis. Dieselbe ist dadurch begrenzt, dass sie im Privilegium mit einem entfernteren Beziehungsgegenstand in Verbindung gebracht ist und zwar mit der bestimmten Apotheke, für die sie erteilt werden kann. Die Apotheke kann, wie wir oben gesehen haben, selbst nach der örtlichen Lage im Privilegium begrenzt sein, ja sogar auf ein bestimmtes Haus oder Grundstück, wie im Realprivilegium.

Das verliehene Apothekenprivilegialrecht ist ein öffentliches subjektives Recht. Die Rechtsordnung hat dem Beliehenen durch die Privilegialrechtsnorm eine Willensmacht zuerkannt und zwar eine Willensmacht über ein Gut, das nicht in der Handlungsfreiheit der betreffenden Person lag, über ein Gut, was sie von Natur aus nicht besessen hat. Das Gut, in diesem Fall ein Recht, hat die Rechtsordnung aus ihrem Machtbereich abgetreten und dem Beliehenen zugeeignet. Sie hat eingewilligt, dass die Ausübung des verliehenen Rechtes durch den Privilegierten als zu Recht bestehend anerkannt wird und ihm zur Durchführung des Rechts den staatlichen Schutz zugesagt. Sie hat dem Be-

[1]) Vergl. hierzu Schlayer a. a. O. S. 86.

liehenen ein rechtliches Können verliehen. Otto Mayer [1]) sagt, das subjektive öffentliche Recht hat immer ein Können zum Inhalt, es kann nur bestehen in einer rechtlichen Macht über die öffentliche Gewalt selbst. Jellinek [2]) sagt hierzu: „Diesen leicht misszuverstehenden Satz schränkt Mayer nunmehr in der französischen Ausgabe seines Werkes I. p. 140 f. dahin ein, dass er es als „pouvoir juridique sur l'éxercice de la puissance publique" definiert." — Es handelt sich also um ein „rechtsgültiges Können" in Bezug auf die Ausübung der öffentlichen Gewalt, das dem Subjekt des Apothekenprivilegialrechts zusteht.

Dass es sich um ein öffentliches Recht handelt erkennt man, wenn man den Ausführungen Jellineks über diese Rechte folgt. Derselbe [3]) sagt: „Zu den spezifischen Merkmalen des öffentlichen Rechtes zählt es, dass Rechtsschutz Gewährender und — direkt oder indirekt — Verpflichteter ein und dieselbe Person: der Staat ist. Seiner Verpflichtung kann der Staat nur nachkommen, indem er seine Tätigkeit zu Gunsten der Gewaltunterworfenen einschränkt!" Der privilegierte Apotheker hat das Recht, die Erlaubnis zum Betriebe einer bestimmten Apotheke zu erteilen. Das Recht kommt sonst dem Staat zu, der Staat hat sich verpflichtet, zu Gunsten des beliehenen Apothekers auf dieses Recht zu verzichten, er kann der Verpflichtung nur nachkommen, indem er seine Tätigkeit einschränkt. Der einzige, der dieses Recht verletzen kann, ist der Staat, er ist aber auch der einzige, der das Recht schützen kann. Weiter sagt Jellinek: „Das subjektive öffentliche Recht des Subjezierten wird durch das objektive Recht nicht nur geschaffen und geschützt, sondern auch realisiert!" Die Realisierung ist so zu verstehen, dass die Rechtsordnung durch Rechtssätze den staatlichen Organen vorschreibt, die Ausübung des Rechtes nicht zu stören, in unserem Fall, nicht durch eigene Tätigkeit einzugreifen,

[1]) Otto Mayer a. a. O. Bd. I S. 110 u. Note 15 ibidem.
[2]) Jellinek a. a. O. S. 52 Note 1.
[3]) Jellinek a. a. O. S. 67 ff.

die vom berechtigten Apotheker erteilte Erlaubnis aber als rechtsgültig anzuerkennen[1]).

Nach Jellinek ist aber auch alles öffentliche Recht im Gemeininteresse, welches identisch mit dem Staatsinteresse ist, da. Das Gemeininteresse, sagt Jellinek, geht vor allem hinaus über das Interresse der momentan den Staat bildenden Menschen, es umfasst ebenso das Interesse der noch ungeborenen Generationen, es erstreckt sich in die fernste Zukunft. — Zweifellos sind die Apotheken zum Wohl der Gesamtheit geschaffen, ob die Privilegialrechte der Apotheker, und um diese handelt es sich hier, dem Gemeininteresse förderlich sind, wird man von unserem heutigen Standpunkt verneinen müssen. Heute, wo wir wissen, dass eine dauernde Fortführung der Apotheken auch ohne Privilegien möglich ist, heute, wo die Strömung gegen jedes Ausnahmerecht ist, halten wir Privilegialrechte für das Gemeinwohl nicht nur nicht förderlich, sondern sogar schädlich. Anders lagen aber die Verhältnisse, als der Staat die Apotheken privilegierte. Der Staat war nicht so mächtig wie heute, er konnte die auch heute noch im Interesse des Allgemeinwohls anerkannte Sonderstellung des Arzneimittelhandels nicht ohne Mithilfe des berechtigten Individuums durchführen. Der Staat hatte auch nicht die Absicht, den Apothekern grosse Vermögensrechte[2]), zu denen sich die Privilegialrechte heute ausgewachsen haben, in den Schoss zu werfen, er wollte einen das Volkswohl fördernden, dauernden und gesicherten Apothekenbetrieb schaffen und dieses konnte er nur, wenn er der Zeitströmung folgend, dem Apotheker ebenso wie anderen Gewerbetreibenden Privilegien verlieh. Diese Auffassung wurde zum grössten Teil noch von den später lebenden Generationen geteilt, die sich nicht entschliessen konnten, die Apothekenprivilegialrechte aufzuheben. Auch heute bekämpfen wir weniger die Privilegialrechte als die Auswüchse derselben. So kann man denn wohl sagen

[1]) Die Landesgesetze enthalten solche Rechtssätze.

[2]) Vergl. hierzu unten Seite 160 ff.

dass die Verleihung der Apothekenprivilegien den Zweck verfolgte, die dauernde Fortführung der Apotheken zum Wohl der Allgemeinheit zu ermöglichen.

Ich komme zu dem Schluss, dass das verliehene Apothekenprivilegialrecht ein subjektives öffentliches Recht ist. Der Apotheker ist durch das Privilegium mit dem Staate in eine besondere Beziehung gebracht, die ihn in einen rechtlich relevanten Zustand versetzt.[1]) Der Anspruch aus diesem Zustand ergibt das subjektive öffentliche Recht. Otto Mayer[2]) nennt ein solches Recht einen öffentlichen Besitzstand.

Einen privatrechtlichen Charakter trägt das verliehene Apothekenprivilegialrecht insofern, als es ein eigenes Recht einer Privatperson bildet.

Die Frage, ob dieses subjektive, öffentliche Recht der privilegierten Apotheker so auf die privilegierten Apotheken reflektiert, dass diese dadurch einen öffentlichen Charakter bekommen haben, ist zu verneinen. Die Apotheken, ob privilegierte oder sog. konzessionierte, unterscheiden sich in dieser Beziehung nicht und das zweifellos vorhandene öffentliche Moment ist in die Apotheken durch andere Tatsachen hineingetragen. Vergleiche hierzu Kapitel 4 dieses Abschnitts Seite 164 f und Anmerkung 2 daselbst.

An dieser Stelle ist noch zu erörtern, ob für das Recht, die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilen zu können, die Ausdrücke Gewerberecht, Gewerbegerechtigkeit und Gewerbegerechtsame passende sind? Das ist zu bejahen. Durch das Recht wird zwar kein Anpsruch auf eine gewerbliche Tätigkeit verliehen, aber doch ein Recht, durch welches der Gewerbebetrieb ermöglicht wird.

In der Literatur finden sich einmal die Ausdrücke Apothek**er**privilegium, Apothek**er**gerechtigkeit, das andere Mal wieder Apothek**en**privilegium, Apothek**en**gerechtigkeit und ähnliches. Das Subjekt des Privilegiums und des Rechts ist immer eine Person, aber das Privilegium und

[1]) Vergl. Jellinek a. a. O. S. 86.
[2]) Otto Mayer a. a. O. Bd. I S. 114.

die Gerechtigkeit sind mit dem entfernteren Beziehungsgegenstand, der Apotheke, unlöslich verbunden, während das Subjekt einem steten Wechsel unterworfen ist. Der ruhende Pol in der Erscheinungen Flucht ist die Apotheke und dieser Umstand berechtigt zu den Ausdrücken Apothek**en**privilegium, Apothek**en**gerechtigkeit usw. Man spricht auch von Fischereigerechtigkeiten, Jagdgerechtigkeiten, Bergwerksgerechtsamen usw.

Kapitel 3.

Die übrigen Rechte und die Verbindlichkeiten im Apothekenprivilegium.

§ 1. Die übrigen Rechte.

Das wesentliche Recht im Apothekenprivilegium ist das Apothekenprivilegialrecht, dasselbe ist allen Apothekenprivilegien eigen. Anders verhält es sich mit den übrigen Rechten, diese wurden ebenfalls zu dem Zweck verliehen, den Apothekern die Ausübung ihres Gewerbes zu erleichtern. Solche Rechte finden sich in den älteren Privilegien zahlreich, in späterer Zeit dagegen treten sie immer seltener auf.

Das interessanteste und in seiner Wirkung auch das weittragendste dieser Nebenrechte ist das sog. Exklusivrecht oder Ausschliessungsrecht, das in bezug auf eine Gewerbeberechtigung verliehen wurde; deshalb spricht man auch von der ausschliesslichen Gewerbeberechtigung. Den Grund zur Verleihung dieses Rechtes an einzelne Apotheker finden wir in der geschichtlichen Entwicklung der Apotheken. Als Deutschland durch den dreissigjährigen Krieg an Bevölkerung und Wohlstand dezimiert war, bedurften

viele der vorhandenen Apotheken zu ihrem Fortbestand des staatlichen Schutzes. Deshalb wurde eine Beschränkung der Apotheken auf eine bestimmte Zahl angestrebt. Den Städten, die das Recht hatten, Apothekenprivilegien zu verleihen, wurde dieses Recht entweder entzogen oder die Ausübung desselben von einer staatlichen Genehmigung abhängig gemacht, die nur erteilt wurde, wenn durch die Neuanlage die alten Apotheken nicht in ihrem Fortbestehen gefährdet wurden. Am häufigsten wurde das Exklusivprivilegium bei Neuanlagen für Orte, die noch keine Apotheke hatten, verliehen. Oft erstreckte sich das Exklusivrecht auf mehrere Ortschaften. In grösseren Städten wurden bisweilen mehrere Apothekenbesitzer veranlasst, die überflüssigen Apotheken aufzukaufen; dann wurde ihnen in einem Privilegium die Zusicherung gegeben, dass keine neuen Apotheken mehr privilegiert werden würden. In diesen Fällen wurde das Exklusivrecht mehreren Apothekern zusammen verliehen. Als dann der Staat das Recht der Verleihung von Apothekenprivilegien ganz für sich in Anspruch nahm und derselbe zur Zeit des Konzessionssystems dem Grundsatz huldigte, dass die Gewerbe durch Beschränkung der Zahl erstarken sollten, war für die Verleihung von Exklusivprivilegien ein günstiger Boden gegeben.

Zusicherungen der Verleiher an einzelne Apotheker, ihnen durch Neuprivilegierungen keine Konkurrenz zu machen, sind aber schon lange vor dieser Zeit gemacht worden.[1]) Grützner[2]) erwähnt, dass schon 1579 den vier in Breslau ansässigen Apothekern zugesichert wurde, dass die Apotheken vollauf genügen „zur Nothturff der Stadt und dieselbe genugsam versehen sei!“ Eine rechtliche Grundlage haben diese Zusicherungen aber erst in späterer Zeit erhalten; als Rechte sind sie dem gleichen Recht der Zünfte nachgebildet.

Zu dem Ausschliessungsrecht der Zünfte sagt Schlicht-

[1]) So in dem oben erwähnten ältesten Privilegium für Prenzlau (Anhang A Ia und Ib).

[2]) Grützner a. a. O. S. 32.

hörle:[1]) „Dieses jus prohibendi, Verbietungsrecht, beruhte auf dem Zunftzwange oder Zunftbanne; die der Zunft oder auch jedem einzelnen Zunftmitgliede zustehenden Rechte, die Betreibung ihres Gewerbes, sowie die Anlegung von Werkstätten und Niederlagen allen nicht eingezünfteten Personen zu verwehren, begriffen die Befugnis, jedem nicht zur Zunft Gehörigen, ehemals Pfuscher, Stöhrer, Frötter, Stümper, Bönhaasen genannt, die Ausübung eines Gewerbes innerhalb des Stadtbezirkes zu untersagen. Hierzu gehörten auch die, die Gesetze der Zunft durch Hausieren, Offenbarung der Handwerksgeheimnisse usw. übertraten!“ Die Reichsgewerbeordnung definiert den Begriff der ausschliesslichen Gewerbeberechtigungen im § 7,1 folgendermassen: „Die mit dem Gewerbebetriebe verbundenen Berechtigungen, anderen den Betrieb eines Gewerbes, sei es im allgemeinen oder hinsichtlich der Benutzung eines gewissen Betriebsmaterials, zu untersagen oder sie darin zu beschränken!“ Die ausschliessliche Apothekergewerbeberechtigung würde hiernach dem Apotheker die Berechtigung geben, einem anderen Apotheker den Betrieb einer Apotheke in demselben Orte zu untersagen. Der Ausdruck „Verbietungsrecht des Apothekers“ findet sich auch ausserordentlich oft in der Literatur und in den Gesetzen. Ich kann denselben für das Exklusivrecht des Apothekers nicht anerkennen. Dieses Recht ist zweifellos dem Verbietungsrecht der Zünfte nachgebildet, aber es unterscheidet sich doch ganz wesentlich von demselben. Die Zünfte hatten das Recht, für die Zunftgenossen die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilen zu können, also die Handlungsfreiheit derselben durch Aufhebung der gesetzlichen Beschränkungen wiederherzustellen. Die Zünfte hatten aber allein dieses Recht, der Staat hatte zu Gunsten derselben vollständig darauf verzichtet. Wer nicht die Erlaubnis von der Zunft erlangen konnte, konnte überhaupt keinen Gewerbebetrieb unternehmen. Versuchte es jemand ohne die Erlaubnis der Zunft, so verletzte er das Recht der Zunft, nicht das Recht

[1]) Schlichthörle a. a. O. S. XLIVf.

des Staates. Der Staat hatte kein unmittelbares Interesse mehr an der Verletzung des Rechts und konnte deshalb den Pfuschern auch nicht den Betrieb des Gewerbes verbieten. Das Verbietungsrecht war den Zünften als sog. jus prohibendi privilegiert, aber noch mehr, den Zünften war auch ein Recht privilegiert, das jus prohibendi durchzuführen. Die Zünfte hatten das Pfändungsrecht auf Grund dessen sie die in dem Bezirk von Unberechtigten eingebrachten Waren oder die von Pfuschern hergestellten Arbeiten selbst wegnehmen konnten.

Ganz anders verhält es sich mit den Exklusivrechten der Apotheker. In einem solchen Privilegium heisst z. B. der Passus, der das Exklusivrecht begründet, folgendermassen: „ . . . und wird ihm und seinen Erben, auch Nachfolgern, dieses Privilegium über die Apotheke, in Anbetracht der auf die Anlage zu verwendenden beträchtlichen Kosten und in Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Ortes hiermit auf immerwährende Zeiten, dergestalt Ausschliessungsweise allergnädigst verliehen, dass keinem anderen gestattet werden soll, in der Stadt X. eine Apotheke anzulegen und Medizin feil zu halten.“ — Hier sehen wir, dass der Verleiher es ist, der keinem anderen den Gewerbebetrieb gestatten will, der Verleiher wird jedem anderen den Apothekergewerbebetrieb in X. untersagen, er hat das jus prohibendi, nicht der beliehene Apotheker. — So ist auch in keinem Apothekenprivilegium von einem Pfandrecht zur etwaigen Durchführung eines jus prohibendi die Rede; dagegen findet sich in manchen Privilegien der unmittelbare Hinweis, dass die Magistrate und Räte die Anweisung erhalten hätten, auf die Pfuscher zu achten und deren Waren zu konfiszieren [1]). Die Verleiher haben auch niemals beabsichtigt, dem exklusivberechtigten Apotheker ein so schwerwiegendes Recht, wie das jus prohibendi, zu verleihen, ein Recht, das einer Korporation verliehen, schon Handel

[1]) So heisst es in einem Exklusivprivileg: „in hiesiger Stadt ist dem Stadtrath ernstlich bedeutet auf Balsamträger, Pfuscher und Laboranten zu vigilieren, sie zurückzuweisen oder dero Waren zu konfiszieren und in das nächste Wasser schmeissen zu lassen.“

und Wandel brach legen konnte, einem einzelnen verliehen, aber der Willkür Tür und Tor öffnen musste. Die Verleiher haben weder bei der Verleihung der Apothekenprivilegialrechte noch bei der Verleihung der Exklusivrechte, auf die Erlaubniserteilung zum Apothekergewerbebetrieb überhaupt, zu Gunsten der Apotheker verzichtet, wie sie es den Zünften gegenüber getan haben; die Verleiher haben dem Apotheker, auch dem exklusivberechtigten, nur das Recht verliehen, für seine Apotheke seinem Nachfolger die Betriebserlaubnis erteilen zu können. Dem exklusivberechtigten Apotheker hat der Verleiher aber die Zusicherung gegeben, in einem konkreten Fall von seinem Recht keinen Gebrauch zu machen. Durch das Exklusivrecht ist also für den Beliehenen ein rechtlicher Anspruch auf Unterlassung der Ausübung eines staatlichen Rechts geschaffen. Erteilt der Staat dennoch die Erlaubnis zur Anlage einer zweiten Apotheke in der betreffenden Stadt, so kann der exklusivberechtigte Apotheker dem neuen Apotheker den Betrieb nicht untersagen, denn dieser verletzt dessen rechtlichen Anspruch nicht, er kann aber vom Staat eine Entschädigung verlangen.

In diesem Sinne sind auch die Gesetze, die die Exklusivrechte der Apotheker aufgehoben haben, gefasst. Im allgemeinen wird eine Entschädigung anerkannt. In Preussen [1]) ist sie dem Gewerbe selbst, also in diesem Fall den beiden Apothekern, auferlegt und dem Ort, der den Vorteil der zweiten Apotheke geniesst. In Sachsen [2]) bezahlt die Staatskasse die Entschädigung. In beiden Staaten wird die Entschädigung erst gezahlt, wenn eine konkurrierende Apotheke angelegt wird [3]). In anderen Staaten sind die Exklusivrechte schon seit langer Zeit abgelöst. So in Bayern [4]);

[1]) Edikt vom 2. XI. 1810. Verordnung vom 24. X. 1811 § 8. vergl. auch die Ministerialerlasse vom 10. u. 19. III. 1840.

[2]) Gesetz vom 24. VI. 1902.

[2])[3]) Vergl. hierzu H. Böttger „Die preussischen Apothekengesetze“ und H. Böttger „Die Apothekengesetzgebung des deutschen Reichs und der Einzelstaaten.“

[4]) Vergl. Oertmann a. a. O. S. 504. Note 19.

in der Rheinpfalz schon am Ende des achtzehnten Jahrhunderts [1]). In den deutschen Landesteilen, die bis zum ersten Pariser Frieden unter französischem Regime standen, sind mit der Aufhebung der Apothekenprivilegien auch die Exklusivrechte erloschen. In Hessen wurden die Exklusivrechte im Jahre 1848 aufgehoben. Andere Staaten verhandeln wieder mit den Exklusivberechtigten von Fall zu Fall z. B. Sachsen-Meiningen. Die Aufhebung des Exklusivrechts hat auf das Apothekenprivilegialrecht natürlich keinen Einfluss.

Der Geltungsbereich des Exklusivrechts ist entweder räumlich genau begrenzt, wie z. B. in dem oben erwähnten Privilegium für Prenzlau, ad decem miliaria, oder es hat seine Geltung intra muros loci. — Zur Frage, ob sich Artikel 74 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch auch auf die Exklusivrechte erstreckt, vergleiche Absch. IV, Kapitel 5 § 2.

In vielen Privilegien findet sich der Passus, dass niemandem gestattet sein soll, Arzneien zu verkaufen und oft ist der Begriff Arznei durch eine lange Aufzählung von Präparaten erläutert [2]). Damit ist kein Exklusivrecht verliehen, denn hier handelt es sich um den Arzneimittelhandel ohne Erlaubnis. Dieser ist verboten, er ist nicht priva lege, sondern lege verboten.

Die übrigen den Apothekern in ihren Privilegien eingeräumten Rechte sind je nach der Zeit der Verleihung und je nach den Landessitten ausserordentlich mannigfaltig gewesen. So waren viele Apotheker mit Schank, Brennerei oder Brauereigerechtigkeiten beliehen. Viele waren in den Privilegien von Hofdiensten, Wachen, Torstehen und Feuerwehrdiensten befreit; ebenso von Geschössen, Steuern [3]),

[1]) Vergl. v. Landmann a. a. O. S. 107.

[2]) Z. B. Jemand anders, So der Artzney unerfahren soll nicht erlaubt oder frey sein, in unser Stadt H. medicamenta simplicia, composita, oliteten, conserven, syrupen, Electuaria u. s. w. feil zu haben.

[3]) In einem Privilegium wird die immunitas personalis des Beliehenen erwähnt, jedenfalls die Befreiung von persönlichen Steuern.

besonders Kriegs- und Türkensteuern, von Einquartierungslasten zur Friedenszeit, von Zöllen auf ihre Waren usw. Der Begriff „Arzneimittel“ war oft ein sehr weitgehender, er wurde dann in den Privilegien genau detailliert [1]); damit war den privilegierten Apothekern der Alleinverkauf einer grossen Anzahl Waren vorbehalten. Oft war ihnen auch der Verkauf von gewürzten Weinen, eingemachten Früchten, Zucker, Konditorwaren, Wachskerzen und Gewürzen vorbehalten.

Häufig waren den Verleihungen Verträge zwischen Verleihern und Magistraten, zu Gunsten der Beliehenen vorausgegangen, auch diese Vertragsrechte finden sich in den Privilegien. Durch die Verträge waren die Magistrate zu Geldleistungen, Lieferungen von Holz oder anderen Naturalien verpflichtet, manchmal auch zur Bezahlung der Hilfskräfte des Apotkekers. Öfter verpflichteten sich auch die Verleiher selbst zu solchen Leistungen, so besonders wieder in den von den Magistraten verliehenen Privilegien.

Um den Kreis der vielseitigen Rechte und Befugnisse zu vervollständigen, sind noch die in vielen älteren Privilegien sich findenden Erlaubniserteilungen zum Materialwarenhandel zu erwähnen. Diese waren teils mit dem Recht der Weitererteilung gegeben, teils nicht; Exklusivrechte gab es dafür nicht.

Alle diese Rechte und Befugnisse hatten seiner Zeit den Zweck die Lebensfähigkeit der Apotheken zu erhalten. Heute sind sie fast alle abgelöst, aufgehoben oder erloschen.

§ 2. Die Verbindlichkeiten.

v. Seydel [2]) sagt: „Zum Gesetz im materiellen Sinne gehört, dass es für die Untertanen verbindliche Rechtsvorschriften enthält!“ Es ist oben gesagt worden, dass die Apothekenprivilegien Gesetze im materiellen Sinne sind. Wir haben auch gesehen, dass die Verbindlichkeit, das

[1]) Vergl. die Privilegienabschriften im Anhang A.

[2]) v. Seydel a. a. O. Bd. II S. 308. f.

Korrelat zum Apothekenprivilegialrecht, dem Staat obliegt, denn es ist ein öffentliches Recht. — Aber auch dem beliehenen Apotheker sind verbindliche Rechtsvorschriften im Privilegium auferlegt. Der privilegierte Apotheker muss das Recht stets als ein verliehenes betrachten, ebenso als ein Privilegialrecht; er ist verpflichtet, die Folgen zu tragen, die aus der Eigenart des Rechtes entstehen können. Er muss die bezüglichen Privilegiengesetze auch für sein Recht anerkennen, er muss sich die Aufhebung seines Privilegiums durch ein Gesetz gefallen lassen. Der beliehene Apotheker ist durch das Privilegium in der Ausübung des Rechts genau begrenzt. Er darf die Erlaubnis nur für die bestimmte Apotheke erteilen. Er ist verpflichtet, nicht über diese Grenzen hinaus zu gehen. Der Beliehene kann aber auch, wie wir schon gesehen haben, bereits im Privilegium verpflichtet sein, das Recht nur gegenüber einem Apotheker auszuüben. — Dem höchstpersönlich Beliehenen war die Pflicht auferlegt, das Recht nicht zu vererben und zu veräussern, dem mit einem vererblichen Privilegium Bedachten die Pflicht, das Privilegium nicht zu verkaufen. In den Realprivilegien ist der Beliehene verpflichtet, das Realrecht nicht von der Sache zu trennen und sich den gesetzlichen Bestimmungen zu unterwerfen, die für Realrechte gelten. Der Beliehene hat die etwa auferlegten Bedingungen zu erfüllen, er hat auch, wenn ein Privilegium auf Widerruf oder unter einer Resolutivbedingung verliehen wurde, die Pflicht, so zu handeln, dass das Privilegium im eingetretenen Augenblick zur Verfügung des Verleihers gestellt werden kann.

In den Privilegien, die zu einer Zeit verliehen waren, in der die Apotheker noch nicht durch Apothekerordnungen und Apothekenbetriebsordnungen verpflichtet waren, finden sich Betriebsvorschriften in grosser Zahl. Durch diese sind dem betreffenden Apotheker bestimmte Pflichten auferlegt. Der Verleiher war hierzu berechtigt, denn derselbe gab dem Beliehenen das Recht in Bezug auf eine Apotheke, er konnte also, solange gesetzliche Bestimmungen fehlten

den Beliehenen verpflichten, den Begriff Apotheke, auch in Bezug auf den Betrieb, so anzuerkennen, wie er, der Verleiher, ihn für gut befand[1]). An die Stelle der Bestimmungen im Privilegium traten später Verordnungen und Gesetze, aber bereits zu einer Zeit, in der es nur privilegierte Apotheken gab. Es waren also gesetzliche Bestimmungen, die speziell die Apothekenprivilegien betrafen; zu ihrer Befolgung waren die Beliehenen schon im Privilegium verpflichtet. — Diese Verbindlichkeiten sind nicht Korrelate zum verliehenen Recht, es sind verbindliche Rechtsvorschriften, die eine unbillige Ausdehnung des Rechtes verhindern sollten und die bewirken sollten, dass das Recht im Sinne des Verleihers, das ist im Interesse des Allgemeinwohls, ausgeübt wurde. Hierzu gehören eben auch die Vorschriften, die sich auf den entfernteren Beziehungsgegenstand des Rechts, die Apotheke, erstrecken. Anderen Untertanen sind Verbindlichkeiten in Bezug auf das Apothekenprivilegialrecht nicht auferlegt[2]); stören sie den Privilegierten in der Ausübung seiner Verbindlichkeiten, so verletzen sie ein Recht des Verleihers und des Staates.

Für die übrigen Rechte, die Apothekern in Privilegien verliehen sind, ist der Verleiher ebenfalls Subjekt der Verbindlichkeiten. Rechte, zu denen eine Privatperson verpflichtetes Subjekt ist, gibt es in den Apothekenprivilegien nicht. Auch für diese übrigen Rechte sind den Beliehenen verbindliche Rechtsvorschriften, entweder im Privilegium selbst oder in den bezüglichen Gesetzen gegeben. Für andere Untertanen gilt in Bezug auf diese Rechte dasselbe wie in Bezug auf das Apothekenprivilegialrecht. Bei einzelnen dieser Rechte sind Rechtsverletzungen durch Privatpersonen wohl denkbar, so besonders eine Verletzung des

[1]) So ist auch die Verpflichtung der Apotheker an jedermann jederzeit Arzneien verkaufen zu müssen, entstanden. Die im § 144 der Gewerbeordnung erfolgte Aufhebung des Zwanges zur ärztlichen Hilfe betrifft die Apotheker nicht, da deren Dienstleistung nicht als ärztliche Hilfe angesehen wird. Vergl. v. Landmann, Komm. zur G.-O. Bd. I S. 463, 3.

[2]) Vergl. hierzu oben S. 144.

Exklusivrechtes. Betreibt jemand ohne staatliche Erlaubnis den Arzneimittelhandel in einem Ort, für den ein Exklusivrecht gilt, so übertritt er das Arzneiverkaufsverbot des Staates, stört aber mittelbar auch einen rechtlichen Anspruch des Exklusivberechtigten. Hat der Staat einem anderen Apotheker die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb für den betreffenden Ort erteilt, so wird das Exklusivrecht nur durch den Staat geschädigt.

Für gewisse Rechte können anderen Behörden Verbindlichkeiten auferlegt sein; so den Kommunalbehörden in Bezug auf die privilegierten Befreiungen von Steuern, Abgaben oder Diensten. Hufeland[1]) sagt, dass derartige Verpflichtungen an die Verpflichteten durch besondere Insinuationen kundgetan werden müssen. Sind Behörden zu bestimmten Leistungen in Geld oder Naturalien an den Beliehenen verpflichtet, so muss der Verleihung ein entsprechender Vertrag zwischen dem Verleiher und den betreffenden Behörden vorausgegangen sein.

In einigen Apothekenprivilegien waren den Beliehenen Verbindlichkeiten auferlegt, die mit der Ausübung der verliehenen Rechte nichts zu tun hatten. So wurden sie, besonders in den von den Städten verliehenen Privilegien, öfter verpflichtet, Arzneien, Wein, Spezereien oder Gewürze an die Magistrate in bestimmten Mengen zu liefern. Auch Arzneilieferungen für Kriegsfälle wurden zuweilen ausbedungen. Es kam auch vor, dass die Beliehenen verpflichtet wurden, selbst im Kriegsfall die Dienste eines Feldapothekers zu tun[2]). Heute sind die Verbindlichkeiten, sei es durch Ablösung, sei es durch Verzicht, verschwunden. Solche Verpflichtungen konnten, wie wir gesehen haben, nur durch Verträge auferlegt werden; dass dieselben im Privilegium stehen, hat weiter keine Bedeutung, weder für die Privilegien, noch für die Verpflichtungen selbst. Die Privilegialrechte haben durch die Aufhebung derselben keine Einbusse erlitten.

[1]) Hufeland. a. a. O. S. 227.
[2]) Berendes. a. a. O. S. 320.

Eine Vertragsverbindlichkeit, die sich noch in einigen Apothekenprivilegien erhalten hat, ist die auferlegte Pflicht zur Zahlung eines Kanons an den Verleiher. Die Kanons tauchen zuerst zu Ende des sechzehnten Jahrhunderts auf. Dieselben haben damals den Verleihern keinen rechten Nutzen gebracht; waren sie zu hoch, so konnten die Beliehenen die Apotheken nicht halten, waren sie niedrig, so hatte der Verleiher keine nennenswerten Vorteile. Schelenz erwähnt Kanons in der Höhe von 2—100 Talern. Soweit diese sich heute erhalten haben, werden sie wohl von den Apothekern als drückende Last nicht empfunden werden. Es ist festzuhalten, dass der Begriff Privilegium eine Vergünstigung voraussetzt, ein sehr hoher Kanon kann diese illusorisch machen. Sachsen und Baden hatten im vorigen Jahrhundert bei der Verleihung von Realgerechtigkeiten Kanons eingeführt. Baden fasste diese Realrechte als Privilegialrechte auf, es heisst in dem Ministerialerlass vom 3. XI. 1852: „Dass bei Verleihung von Realrechten an Apotheker jeweils eine dem hälftigen Betrage des abzuschätzenden „Privilegiumwertes“ gleichkommende Summe als Taxe zu erheben sei“ [1]). Anders Sachsen. Das sächsische Mandat vom 17. X. 1820 sagt: „Der Betrieb einer Apotheke ist nur auf Grund einer Konzession zulässig. Die Erteilung eines Realrechtes ist nicht ausgeschlossen, auch können persönliche Konzessionen in Realrechte umgewandelt werden!“ Es wurde ein sogenanntes Bezeigungsquantum bis zu 3000 Mk. und ein jährlicher Kanon von 9—15 Mk. ausbedungen. — Diese Verleihungsform ist nicht mehr als Privilegierung anzusehen, sondern als Rechtsgeschäft.

[1]) Vergl. H Böttger. Die Apothekengesetzgebung des Reichs und der Einzelstaaten Bd. I S. 31. Note 1.

Kapitel 4.

Die Apothekenprivilegien in anderer Hand.

Die durch die Individualrechtssätze der Apothekenprivilegien bestimmten Rechtssubjekte sind heute, abgesehen von den wenigen Ausnahmen, auf die im vorigen Kapitel[1]) hingewiesen ist, untergegangen. Die an Personen geknüpften Apothekenprivilegien sind mit diesen untergegangen; die vererblich verliehenen Privilegien sind entweder mit der Familie des Beliehenen erloschen oder sie sind in vererbliche und veräusserliche verwandelt worden. Diese extendierten Privilegien und diejenigen, welche als vererbliche und veräusserliche verliehen waren, befinden sich heute in anderer Hand.

Mit den Privilegien ist durch den Übergang in andere Hand in Bezug auf die Rechtssubjekte naturgemäss eine Veränderung vor sich gegangen; es sind nicht mehr von der Rechtsordnung Beliehene Subjekte des Rechts, sondern Erben oder Käufer. Die Auffassung, dass der Verleiher durch die Verleihung eines vererblichen und veräusserlichen Privilegs die Nachkommen und Nachfolger des zuerst Beliehenen ebenfalls mit dem Recht privilegiert habe, ist nicht haltbar. Bei Verleihung von nur vererblichen Privilegien konnte man wohl zu dieser Auslegung kommen.[2]) So heisst es z. B. in solchen Privilegien: „Wir verleihen dem Apotheker N. N., seinen Erben und künftigen Erbnehmern das Apothekenprivilegium, dass er dieses ihm transferierte Privilegium erb- und eigentümlich konserviere!“ oder: „Wir privilegieren dem N. N. und seinen Nachkommen in der Familie“ und ähnl. — In den meisten Fällen ist aber deutlich gesagt, dass der Beliehene das ihm verliehene Recht als vererbliches erhalten hat. Das Privilegienrecht verlangt

[1]) Betrifft die in Baden nach 1852 verliehenen Privilegien, vergl. oben S. 157.

[2]) Vergl. hierzu Glück a. a. O. Bd. I S. 567. Er spricht von einem Privilegium, das einem zugleich und seinen Erben erteilt ist.

eine Individualisierung des Rechtssubjekts durch die Rechtsordnung, und eine solche liegt sicher nicht vor, wenn, zur Zeit der Privilegierung noch nicht geborene, Verwandte später Subjekte des Rechtes werden. Für die vererblichen und veräusserlichen Privilegien lässt sich die Ansicht, der Verleiher habe die Nachkommen und Nachfolger ebenfalls privilegiert, noch weniger aufrecht erhalten. Erstens individualisiert die Rechtsordnung auch diese Rechtssubjekte nicht, dann würde aber auch durch die Ausübung des Veräusserungsrechts seitens des Erstbeliehenen das Recht etwa mitbeliehener Erben vernichtet werden.[1])

In das vererbliche und veräusserliche Privilegium ist vielmehr ein zweites Recht gelegt worden; dem Beliehenen ist noch das Recht verliehen worden, für das verliehene Privilegialrecht ein Rechtssubjekt bestimmen zu können. Hierbei hat sich die Rechtsordnung ebenfalls eines Rechts entäussert, das in ihrem Machtbereich lag und hat es dem Beliehenen zu eigen gegeben. Durch diese zweite Rechtsverleihung ist eine Änderung im Wesen des Privilegiums eingetreten, die späteren Rechtssubjekte werden nicht mehr unmittelbar durch die Rechtsordnung bestimmt, sondern mittelbar durch juristische Tatsachen, also durch menschliche Handlungen, wie beim Verkauf, oder durch Ereignisse, wie Geburt und Tod, bei Vererbung des Privilegiums. Die Folge dieser zweiten Rechtsverleihung ist, dass das eigentlicher Privilegialrecht, einmal erst der Einwirkung juristischer Tatsachen unterworfen, der Rechtsordnung entzogen ist und durch Erbgang oder Verkauf selbständig fortbestehen kann.

War das Privilegium für die Beliehenen Rechtstitel und Erwerbstitel zugleich, so ist es für die späteren Inhaber nur Rechtstitel — im Sinne von Rechtsquelle — Erwerbstitel kann jeder andere, zum Erwerb eines Rechtes geeignete Titel sein.

Auch durch die Gesetzgebung haben die Apotheken-

[1]) Das vererbliche und veräusserliche Privilegium kann natürlich nur vererbt oder veräussert werden.

privilegien später manche Änderung erfahren. Abgesehen von den Extensionen, die, wie wir gesehen haben, meistens Akte der Privilegiengewalt waren, haben die Gesetze unsere Privilegien gemehrt oder gemindert. Eine Mehrung, im gewissen Sinne auch eine Extension[1]), war zum Beispiel erfolgt durch die schon erwähnte Preussische revidierte Apothekerordnung im § 2 Absatz 1; hierin werden alle Privilegien, welche einmal in einem Orte fundiert[2]) sind, für vererblich und veräusserlich erklärt. Der Absatz 2 desselben Paragraphen mindert dagegen die Rechte durch die Bestimmung, dass zur Besitzfähigkeit des Erwerbers die Qualifikation als Apotheker gehöre. Oder im Bayrischen Landrecht I. 2, 16 No. 5. Die Rechte werden hier durch die Bestimmung: „im Zweifel werden die mit beschwerlichem Titel erlangten Privilegien für real gehalten", gemehrt; gemindert werden sie durch die Bestimmung: „im Zweifel werden die aus blosser Gnade erhaltenen Privilegien für personal gehalten". Besonders haben die Landesgewerbegesetze auf die Privilegien eingewirkt, ebenso die verfassungs- und gesetzmässig erlassenen Verordnungen. So ist eine Minderung der Privilegien durch Aufhebung der Nebenrechte erfolgt. Die Einwirkung der Reichsgewerbeordnung, ebenso die der Ausführungsgesetze zur Reichsgrundbuchordnung auf die Apothekenprivilegien wird unten noch erörtert werden. Mittelbar haben das Gewohnheitsrecht, die Wissenschaft und die Judikatur die Rechte gemehrt oder gemindert, so z. B. die Lehren von der Unvordenklichkeit, von den selbständigen Gerechtigkeiten u. a. Endlich sind viele Privilegialrechte erloschen, weil die Fristen abgelaufen waren oder weil die Möglichkeit, die Rechte zu realisieren, weggefallen war.

Eine ausserordentliche Mehrung haben die Apothekenprivilegien aber in ihrer Eigenschaft als geldwerte Rechte erfahren, eine Mehrung, die heute mit Recht als ungesunder Auswuchs der Rechte angesehen wird. Das Apotheken-

[1]) Vergl. auch oben S. 83 u. S. 102 und Note 2 daselbst.

[2]) Vergl. hierzu oben S. 84 Note 2.

privilegialrecht ist immer ein geldwertes Recht gewesen, schon in der Hand der Beliehenen; aber der Wert, den heute das Recht hat, ist nicht der Wert, den der Verleiher durch das Privilegium gab. Der Verleiher privilegierte den Apotheker mit der Absicht, ihm ein geldwertes Recht zu geben, doch nicht als Vermögensrecht, sondern als Vermögensschutzrecht. Der Apotheker sollte durch das Privilegium in die Lage versetzt werden, den Wert der kostspieligen Anlagen seines Unternehmens erhalten zu können; der Verleiher beabsichtigte mit der Verleihung des Rechts die einmal eingerichteten Apotheken dauernd dem Allgemeinwohl zu erhalten. Das Recht sollte also bestimmte Vermögensobjekte, und zwar die Betriebsmittel, vor der Entwertung schützen; erneuerte Betriebsmittel fielen wieder unter diesen Schutz. Konnten die Apotheker ihren Nachfolgern die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb selbst erteilen, so konnten sie die Anlagen ihrer Unternehmen voll verwerten.

Erst versuchte man es mit höchstpersönlichen Privilegien, auch der höchstpersönlich Privilegierte konnte das Recht der Erlaubniserteilung ausüben, so lange er lebte. Der Nachfolger war aber dazu nicht mehr in der Lage. Um nun den Rechten eine dauernde Wirkung zu geben, um die Betriebsmittel dauernd im Wert zu erhalten, wurde das Recht als vererbliches und veräusserliches verliehen, oder als Realrecht an das Haus oder Grundstück des Apothekers geknüpft. Im ersten Falle erstreckte sich der Schutz auf die Betriebsmittel zur Apotheke; die realen Rechte wirkten auch auf Haus und Grundstück. Das ist das Apothekenprivilegialrecht, wie es als geldwertes Recht gegeben wurde.

Schmid [1]) gibt eine Konstruktion der Gewerbeprivilegien als Vermögensrechte auf folgender Grundlage. Schmid sagt: „Der vermögensrechtliche Charakter eines vererblichen und veräusserlichen Gewerbsprivilegiums drückt sich darin aus, dass die Gewerbsberechtigung selbst wieder Gegen-

[1]) Schmid. a. a. O. S. 7ff.

stand des privatrechtlichen Verkehrs und damit Objekt der vermögensrechtlichen Herrschaft ist!“ Unter Gewerbsberechtigung versteht Schmid die in einem Privilegium erteilte Erlaubnis. Die von mir auch auf die Gewerbeprivilegien angewandte Theorie von Seydel und Laband, dass die Erlaubnis niemals ein positiver Rechtsbegriff ist, dass sie nur die Negation der gesetzlichen Beschränkungen für den einzelnen ist, dass sie nie vererblich und veräusserlich ist, muss folgerichtig dahin führen, dass die Erlaubnis auch nie ein geldwertes Gut im privatrechtlichen Verkehr sein kann. — Windscheid[1]) sagt: „Vermögensrechte sind auch die dem modernen Rechte angehörigen Rechte, welche dem Berechtigten den Genuss einer Erwerbstätigkeit zu sichern bestimmt sind!“ Auch der Ansicht Windscheids kann ich nicht folgen. Er schreibt der Erlaubnis, denn um diese kann es sich doch nur handeln, vermögensrechtlichen Charakter zu, weil sie dem Berechtigten den Genuss einer Erwerbstätigkeit zu sichern bestimmt sei. — Ist das die Bestimmung der Erlaubnis? — Dann könnte man ja auch sagen, der Satz im § 1 der Gewerbeordnung: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet“, habe die Bestimmung jedermann den Genuss einer Erwerbstätigkeit zu sichern. Das ist doch nicht der Fall, dieser Satz bezieht sich nur auf die Zulassung zum Gewerbebetriebe; ebenso wirkt aber die Erlaubnis, sie gestattet den Betrieb eines Gewerbes, sie sagt im speziellen Fall das, was der § 1,1 der Gewerbeordnung verallgemeinert, auch sie bezieht sich nur auf die Zulassung zum Gewerbebetrieb. Seydel sagt: „Wer eine solche Genehmigung erlangt hat, kömmt dadurch in keine andere Rechtslage, wie der, welcher einer Genehmigung überhaupt nicht bedurft hat. Es ist nicht abzusehen, welcher Unterschied in dieser Beziehung zwischen einem nicht konzessionierten Speisewirt und einem kozessionspflichtigen Gastwirt obwalten soll!“ Dieser schon oben[2]) zitierte Satz weist

[1]) Windscheid a. a. O. S. 150. Note 1.

[2]) Vergl. oben S. 120.

darauf hin, dass der Geldwerte schaffende Faktor im Gewerbebetrieb selbst, das heisst in der Erwerbstätigkeit des Unternehmers zu suchen ist. Solange der Unternehmer sein Gewerbe nicht betreibt, hat er keine Aussicht Geldwerte zu schaffen, wenn er auch die Erlaubnis schon hat. Wir finden die Geldwerte schaffende Wirkung in der Tätigkeit des Gewerbetreibenden, der keiner Erlaubnis bedarf, wir finden auch wieder mit Erlaubnis betriebene Gewerbe, die nicht in der Lage sind, vermögenswerte Güter zu erzeugen. Das Vermögensrecht aus der Erwerbstätigkeit ist ein höchstpersönliches Recht, die Quelle liegt in der persönlichen Tätigkeit des Unternehmers, die Erfolge aus dieser Tätigkeit sind der Masstab für dieses Vermögensrecht. Auch aus der Erlaubnis, die im Apothekenprivilegium erteilt ist, lässt sich in dieser Beziehung keine andere Rechtslage konstruieren; die Anwartschaft auf Vermögensrechte haben alle Gewerbetreibenden im gleichen Masse. Eine bevorzugte Stellung auf diesem Gebiet nehmen, wie wir sehen werden, nur die sogenannten monopolisierten Gewerbe ein, wie sie auch die mit einem Exklusivrecht beliehenen Apotheker ausüben.

Wie die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb keine Vermögensrechte zu schaffen imstande ist, so ist es auch das Recht der Erlaubniserteilung, abgesehen von seiner Bestimmung als Vermögensschutzrecht, nicht. Dem privilegierten Apotheker ist das Recht verliehen, für seine Apotheke die Erlaubnis erteilen zu können. Die Erlaubnis schafft keine geldwerten Rechte, das Recht der Erteilung nur, wenn dem Inhaber des Rechtes durch Verleihung eines Exklusivrechtes die Zusicherung gegeben ist, dass in seinem Interessenkreis keine andere Erlaubnis mehr erteilt wird. Eine solche Zusicherung ist den Apothekern in allgemeinen in den Privilegien nicht gegeben, also auch kein Einfluss auf die Erwerbstätigkeit anderer Apotheker, keine Bevorzugung in der Schaffung von Vermögensrechten. Eine Vermehrung der Apotheken war durch die Privilegierungen keineswegs ausgeschlossen, eine Beschrän-

kung der wirtschaftlichen Freiheit war durch die Rechtsverleihung an die Apotheker nicht herbeigeführt; im Gegenteil, es waren die notwendigen Aufhebungen der gesetzlichen Beschränkungen erleichtert, die Erteilung einer Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb war nicht mehr allein vom Staat abhängig. Der Staat und die privilegierten Apotheker hatten die Macht, Erlaubnisse zu erteilen; der Apotheker für eine bestimmte Apotheke, der Staat nach Belieben, soweit er nicht durch die wenigen Exklusivberechtigungen gebunden war.

Wenn wir heute die Apothekenprivilegialrechte betrachten, so sind sie in ihrer Eigenschaft als geldwerte Vermögensschutzrechte weit über ihre Bestimmungen hinausgewachsen; es werden doch die Rechte heute mit Preisen bezahlt, die den Wert der Betriebsmittel, ja oft selbst der Häuser und Grundstücke um das Mehrfache übersteigen. Es müssen also nach der Verleihung der Rechte andere Momente hinzugetreten sein, die diese enorme Wertsteigerung veranlasst haben. — Und das war der Fall. Die Regierungen hatten zum Beginn des vorigen Jahrhunderts das gesetzlich festgelegt, was bis dahin schon als Gewohnheit geübt wurde, nämlich, dass die Neuanlage von Apotheken von der Bedürfnisfrage abhängig gemacht werden sollte. Das Prinzip der Verleiher, die bestehenden Apotheken zu erhalten, wurde gesetzlich sanktioniert.

Damit sind die Apotheken unter den Schutz des Staates gekommen.[1][2]). Diese Massnahme war eine durchaus

[1]) Böttger sagt in Conrads Handwörterbuch 3. A. Bd. I S. 561 zur Preuss. Verord. v. 24. X. 1811 wegen Anlegung neuer Apotheken: „So wurde definitiv entschieden, dass die Anlage neuer Apotheken von der durch die Medizinalbehörde zu prüfenden Bedürfnisfrage abhängig zu machen sei, womit der Apotheke der Charakter einer des staatlichen Schutzes für den Umfang ihres Geschäftsbetriebes und einer gesetzlichen Taxe bedürfenden Sanitätsanstalt gegenüber dem einer blossen gewerblichen Anlage zuerkannt wurde!"

[2]) Die Folge war eine Vermehrung der staatlichen Aufsicht. Das Recht des Staates, den Betrieb der Apotheken zu beaufsichtigen, bauliche

verständliche, denn was nützte eine neue Apotheke, wenn über die Anlage derselben eine oder mehrere alte Apotheken zu Grunde gingen? Ja, noch mehr. Diese Massnahme ist auch für die Sicherheit der Arzneimittelversorgung und für die Leistungsfähigkeit der Apotheken im Interesse der Allgemeinheit eine durchaus unentbehrliche. In der Durchführung hat diese Massnahme aber grosse Schattenseiten gezeigt. Im § 4 der diesbezüglichen preussischen Verordnung heisst es: „Für zureichende Gründe zur Vermehrung der Apotheken werden angenommen: eine bedeutende Vermehrung der Volksmenge, bedeutende Erhöhung des Wohlstandes!“ Im § 6 wird von einem Widerspruchsrecht des oder der schon vorhandenen Apotheker gesprochen. — Als nun zur Zeit des ungeahnten wirtschaftlichen Aufschwunges, der Zunahme der Bevölkerung und der Fortschritte auf dem Gebiet der Gesundheitspflege, sich die Existenzbedingungen der Apotheker, die früher oft recht kümmerliche waren, besserten, zum Teil sogar glänzende wurden, hätte der Staat wohl mit der Neuanlage von Apotheken ein gewisses Gleichgewicht herstellen können. Aber der Aufschwung der Apotheken vollzog sich so langsam, dass von den Medizinalbehörden der geeignete Augenblick einer Neuanlage schwer festgestellt werden konnte. War ein Apotheker bedroht, so verkaufte er seine Apotheke schleunigst mit Nutzen, und der Käufer, der durch die

Veränderungen verlangen zu können, die Arzneitaxe festzusetzen (ähnlich der Tarifhoheit über die Privateisenbahnen), das Recht der Erlaubnisentziehung, die Unpfändbarkeit der Betriebsmittel einer Apotheke, haben der Apotheke im Laufe der Zeit einen Charakter aufgeprägt, der etwas dem der öffentlichen Unternehmungen ähnelt. Ein öffentliches Unternehmen im verwaltungsrechtlichen Sinne oder gar eine Staatsanstalt, wie Duden sagt (vergl. oben S. 11), ist aber die Apotheke dadurch keineswegs geworden, denn der Staat hat, wie wir in der geschichtlichen Entwicklung gesehen haben, niemals den Arzneimittelhandel als Regal oder Monopol für sich beansprucht. Der Staat konzessioniert deshalb auch nicht den Arzneimittelhandel, d. h. er verleiht nicht etwas aus seinem Machtbereich, wie es bei öffentlichen Unternehmungen der Fall ist, sondern er erlaubt denselben, d. h. er hebt die gesetzlichen Beschränkungen, denen der Arzneimittelhandel unterworfen ist, für die Apotheker auf.

Schuldenlast in keine glänzende Lage gekommen war, erhob Einspruch. Die Behörden mussten ihn nolens volens schonen. War dieser Apotheker durch die günstige Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach Jahren auf seine Rechnung gekommen und hob sich seine Apotheke dann über die anfangs gehegten Erwartungen hinaus, so kapitalisierte auch er den Überschuss und verkaufte mit diesem Nutzen. Sein Nachfolger musste wieder vom Staat geschont werden. Und so ging es weiter. Schritt die Regierung trotzdem ein, so war die Neuanlage einer Apotheke auch oft von einem gut situierten Apotheker nicht zu ertragen. Manchmal war es schwer, den Apotheker durch die Anlage zu treffen, den es angehen sollte; dann traf sie Apotheker, die nicht besonders gestellt waren. Es kam auch vor, dass die neuangelegte Apotheke nicht bestehen konnte. Es war ausserordentlich schwer, oft unmöglich, eine Erlaubnis gegen die andere so auszuspielen, dass beide Apotheken lebensfähig waren, zumal die Anforderungen an die Apotheker in Bezug auf die Betriebsmittel auch bedeutend stiegen. Vielleicht waren die Behörden auch manchmal etwas zu ängstlich in der Sorge um den Bestand einer Apotheke[1]). Jedenfalls war es eine undankbare Aufgabe, mit der einen Hand zu schützen, mit der anderen Hand Konkurrenz zu schaffen. Und so ist es Tatsache, dass der Staat, trotz der Entwicklung der Apothekenwerte, durch die successive und nicht zu inhibierende Art der Entwicklung, gezwungen war, die Neuanlagen von Apotheken zu beschränken, um die alten Apotheken lebensfähig zu erhalten. Die Folge war, dass die Nachfrage nach Apotheken grösser wurde wie das Angebot. Deshalb wurde viel verkauft und gekauft. Man kaufte, weil man wusste, man wurde geschützt; man verkaufte, weil man lieber verdienen wollte, als Gefahr laufen wollte, ruiniert zu werden. Auch die Erben von Apotheken, die oft nicht einmal die Erlaubnis besassen, verdienten durch

[1]) Heute nimmt der Staat nicht mehr so weitgehende Rücksichten auf die bestehenden Apotheken, die Folge ist, dass die Käufer heute in vielen Fällen beim Kauf mit einer Neuanlage rechnen.

den Verkauf. So schwollen die Apothekenwerte von Jahr zu Jahr mehr an.

Rechtlich ist diese Wertsteigerung auf folgende Weise zu erklären: Durch die Zurückhaltung der Erlaubniserteilungen seitens des Staates war den damaligen Besitzern der Apotheken gleichsam ein Monopol geworden. Dieses Quasi-Monopol hatte keine rechtliche Grundlage, es hatte auch mit den Privilegien der Apotheker nichts zu tun, es war aus den oben beschriebenen eigenartigen Verhältnissen herausgewachsen. Die besitzenden Apotheker hatten kein Recht, jemanden vom Apothekergewerbe auszuschliessen; das erübrigte sich auch, denn der Staat tat das für sie; auf diese Weise waren sie in eine bevorzugte Erwerbslage gekommen, die wie ein Monopol wirken musste.[1])

In dem verliehenen Recht ihre Privilegien vererben und veräussern zu können, hatten die Apotheker ein Mittel gefunden, die ihnen aus der bevorzugten Erwerbslage gewordenen vermögensrechtlichen Vorteile, kapitalisiert, ihren Nachfolgern als Last aufzulegen. So sind die ursprünglich nicht dazu geschaffenen Rechte von den Apothekern, begünstigt durch die Verhältnisse, benutzt worden, belastende Vermögenswerte daran zu hängen, die die Rechte selbst nicht verschuldet haben. Die Apothekenprivilegialrechte erfüllen so heute gerade das Gegenteil von dem, was die Verleiher mit ihnen bezweckt hatten, sie erleichtern nicht mehr die Fortführung der Apotheken, sie erschweren sie in bedenklichem Masse. Die Subjekte dieser so entstandenen Vermögensrechte sind zum grossen Teil gar nicht mehr die Subjekte der Apothekenprivilegialrechte, also die Apothekenbesitzer, sondern die Gläubiger derselben. Die Vermögensrechte dienen auch nicht mehr dem Betriebe der Apotheken, im Gegenteil, sie verlangen aus dem Betriebe ihre Verzinsung. Erst wenn wir die Aktiva der

[1]) Dieselben Vermögenswerte finden wir auch bei den sog. verkäuflichen Apothekenkonzessionen, ein Beweis, dass das Apothekenprivilegialrecht nicht der unmittelbare Urheber der Werte ist.

Apotheker, abgesehen natürlich von dem persönlichen Vermögen, um die Passiva kürzen, so haben wir die Vermögensrechte, soweit sie den Inhabern der Privilegien heute zustehen. Das Resultat dürfte ein derartiges sein, dass den Apothekern selten das bleibt, was die Verleiher s. Zt. zu geben beabsichtigten. Verantwortlich für diese Auswüchse kann man, wie wir gesehen haben, den Staat nicht machen, derselbe hat das Beste gewollt; die Apotheker nutzten die Lage aus, etwas, was jeder andere sicher auch getan hätte.

Die Exklusivrechte der Apotheker, die denselben ein Einspruchsrecht gegen neue Erlaubniserteilungen geben, erzeugen einen rechtlichen Anspruch auf eine bestimmte Erwerbstätigkeit. Sie sind Vermögensrechte, wie alle Vermögensrechte aus der gewerblichen Tätigkeit, haben aber durch den Ausschluss anderer von einem bestimmten Erwerbsfeld eine rechtliche Sicherung erfahren. Man nennt diese Einspruchsrechte in Verbindung mit den Gewerbegerechtigkeiten auch private Monopolrechte, verbindet mit diesem Begriff aber auch Zwangsrechte, Bannrechte, ausschliessliche Aneignungsrechte usw.[1]) Durch die verliehene Vererblichkeit und Veräusserlichkeit sind auch die Apothekenexklusivrechte in andere Hände übergegangen. Diese Rehte haben eine Mehrung vornehmlich durch den Zuwachs der Bevölkerung ihres Interessenkreises erfahren, diese Mehrung bezieht sich auf die Rechte in ihrer Eigenschaft als Vermögensrechte. Heute sind die Exklusivrechte der Apotheker zum Teil schon aufgehoben, zum Teil ist das Aufhebungsverfahren gesetzlich geregelt.[2])

Die übrigen in den Apothekenprivilegien liegenden Rechte haben in den Händen der späteren Inhaber keine Mehrung erfahren; dieselben sind jetzt, wie wir gesehen haben, entweder aufgehoben, abgelöst oder erloschen.

[1]) Andere sprechen nur von Staatsmonopolen, wieder andere von Monopolen, wo durch Erlaubnisse, Approbationen u. s. w. Beschränkungen geschaffen werden. Vergl. die Artikel „Monopole“ bei Holtzendorff, v. Stengel a. a. O. u. a. (Maurenbrecher sagt, die preussischen Apotheker hätten das Monopol für Blutegel.)

[2]) Vergl. oben Kap. 3 § 1 dieses Abschnitts.

Kapitel 5.

Die Apothekenprivilegialrechte als Realrechte.

§ 1. Als nicht radizierte Realrechte, die „selbständigen Gerechtigkeiten".

Über die Bedeutung der Ausdrücke „Realrecht und Realgewerbeberechtigung" ist man sich in der Literatur des deutschen Privatrechts nicht einig. Maurenbrecher, v. Gerber, Reyscher, Beseler u. a. verstehen darunter nur die mit einem Grundstück verbundenen Rechte, während Mittermaier, Schmid, Unger, Wächter, v. Seydel u. a. auch die persönlichen, vererblichen und veräusserlichen Rechte hierzu zählen. Ob die Reichsgesetzgebung in der Gewerbeordnung beide Arten Rechte in die Realgewerbeberechtigungen einbegriffen wissen wollte, ist ebenfalls nicht einwandfrei festgestellt. v. Landmann[1]) sagt: „Man wird annehmen müssen, dass die Gewerbeordnung alle die Gewerberechte aufrecht erhalten wollte, welchen nach dem betreffenden Partikularrecht ein dinglicher Charakter zukommt. Der Begriff der Realrechte im Sinne der Gewerbeordnung wird also beide Arten Rechte umfassen!" Derselben Ansicht sind v. Seydel, Schecher, Neukamp u. a.; diese Ansicht ist auch zu verschiedenen Malen in der Rechtsprechung[2]) zum Ausdruck gekommen. Die bayerische Gesetzgebung bezeichnet die mit einem Grundstück verbundenen Rechte als „radizierte Realrechte", die persönlichen, vererblichen und veräusserlichen Rechte als „nicht radizierte Realrechte" oder „Realrechte im engeren Sinne". Für die letzteren hat das deutsche Recht den Ausdruck „selbständige Gerechtigkeiten" geprägt. Zur Scheidung unserere Rechte wird hier dem bayerischen Sprachgebrauch gefolgt werden.

v. Landmann meint: die Rechte, die einen „dinglichen Charakter" haben. Einen zweifellos dinglichen Charakter haben die mit einem Grundstück verbundenen Rechte. Worin liegt nun der dingliche Charakter der persönlichen,

[1])[2]) Vergl. dazu v. Landmann, Kommentar zur Gew. Ord. 6. Aufl. Bd. I S. 119, 5.

vererblichen und veräusserlichen Rechte, der sog. selbstständigen Gerechtigkeiten? Gierke[1]) sagt hierzu: „Das deutsche Recht entwickelte den Begriff der selbständigen Gerechtigkeiten, denen es liegenschaftlichen Charakter zuschrieb und auf die es das gesamte Grundstücksrecht anwandte. Es zählte dazu ständige Nutzungsrechte an Grund und Boden, aber auch zahlreiche Persönlichkeitsrechte, wie Gewerbeberechtigungen, Zwangs- und Bannrechte, Jagd- und Fischereigerechtigkeiten und andere Aneignungsrechte; desgleichen die um ihres nutzbaren Inhalts willen als Vermögensrechte aufgefassten Amtsgerechtsame, Münz- und Zollgerechtigkeiten, Vogteien usw. Die liegenschaftliche Natur solcher Persönlichkeitsrechte ergab sich daraus, dass sie an eine feste Stätte gebunden waren und die dauernde Macht zu einer bestimmten nutzbringenden Tätigkeit innerhalb eines räumlich begrenzten Bezirks verliehen. So näherte sich denn auch ihr Begriff dem eines dinglichen Rechts an Grund und Boden stark an und ging geradezu in diesen Begriff über!“ — Weiter sagt Gierke:[2]) „Das Landesrecht kennt mancherlei andere Berechtigungen, die teils unmittelbar durch das Reichsrecht, teils auf Grund besonderer oder allgemeiner reichsgesetzlicher Ermächtigung durch das Landesrecht den Grundstücken gleichgestellt sind. Kraft allgemeiner Ermächtigung die Apothekergerechtigkeiten, Bergwerkseigentum, Jagd und Fischereirechte, Regalgerechtigkeiten usw.!“

Nach Gierke ergab sich die liegenschaftliche Natur der persönlichen, vererblichen und veräusserlichen Gewerbeberechtigung daraus, dass sie an eine feste Stätte gebunden war und die dauernde Macht zu einer bestimmten nutzbringenden Tätigkeit innerhalb eines räumlich begrenzten Bezirks verlieh. Hier kann ich Gierke nicht folgen. An welche feste Stätte ist dieses Recht gebunden? — An ein Grundstück? — dann wäre es ein radiziertes Recht. — An die Gewerbebetriebsstätte? — das ist keine feste Stätte;

[1]) Gierke a. a. O. Bd. II S. 14. ff.

[2]) Gierke a. a. O. Bd. II S. 15 und Note 48.

das Recht ist auch nicht an die Betriebsstätte gebunden. Das Recht wurde allerdings in bezug auf ein bestimmtes Unternehmen, für unser Recht in bezug auf eine bestimmte Apotheke, verliehen; nur für diese darf die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilt werden, Recht und Unternehmen stehen also im engen Zusammenhang. Nun ist auch zum Betrieb des Unternehmens eine feste Stätte notwendig, diese Stätte, also das Grundstück und die Gebäude, in denen das Unternehmen betrieben wird, sind demselben auch angepasst, oft sogar in dem Masse angepasst, dass das Unternehmen, wie bei der Apotheke, in den Vordergrund tritt und der Begriff Apotheke Gebäude, Grund und Boden gewissermassen mit erfasst.[1]) Damit ist aber nicht gesagt, dass das Unternehmen an diese Stätte gebunden ist; ebenso ist das Recht auch nicht an die Stätte gebunden. Das Unternehmen kann sehr wohl auf eine andere Stätte verlegt werden, das ist häufiger vorgekommen. Eine Trennung von Recht und Unternehmen findet auf diese Weise nicht statt, aber eine Trennung beider von der Stätte.[2])

Die Gewerbeberechtigung soll nach Gierke die dauernde Macht zu einer bestimmten nutzbringenden Tätigkeit innerhalb eines räumlich begrenzten Bezirks verleihen. Wir haben gesehen, dass die Gewerbegerechtigkeit, auf unser Recht bezogen die Apothekengerechtigkeit, die Macht verleiht, die Erlaubnis zum Apothekergewerbe erteilen zu können. Das ist keine Macht zu einer bestimmten nutzbringenden Tätigkeit. Das Recht wurde, wie oben[3]) ausgeführt ist, dem Apotheker als Vermögensschutzrecht gegeben; dass dasselbe ein nutzbringendes Handelsobjekt geworden ist, ist ein Auswuchs, der nicht vom Verleiher gewollt war. Gierke spricht von der nutzbringenden Tätigkeit dieser Rechte innerhalb eines räumlich begrenzten Bezirks, dann nennt er Apothekengerechtigkeiten mit Jagd- und Fischereigerechtigkeiten zusammen. Die letzteren sind in der Tat an eine feste Stätte gebunden, aber nicht be-

[1]) Vergl. hierzu unten S. 187 Note 2.
[2]) Vergl. hierzu oben S. 127f.
[3]) Vergl. hierzu oben S. 161.

rechtigend, sondern die Stätte belastend; diese gewähren auch eine dauernde Macht zu einer nutzbringenden Tätigkeit innerhalb des belasteten, räumlich begrenzten Bezirks. Diese Rechte sind Rechte an Sachen[1]), wirkliche Nutzungsrechte an Liegenschaften; das sind aber unsere Rechte nicht. An anderer Stelle[2]) sagt Gierke selbst, dass die Apothekengerechtigkeiten nicht als Rechte an Sachen aufgefasst werden können, hier nennt er sie aber wieder mit den Abdeckereigerechtigkeiten zusammen. Auch das geht nicht an, die Abdeckereigerechtigkeiten sind Zwangs- und Bannrechte, das sind die Apothekengerechtigkeiten niemals gewesen[3]). Auch die Zwangs- und Bannrechte sind nicht mit unseren Rechten auf eine Stufe zu stellen[4]). Der Zwangs- und Bannkreis ist räumlich begrenzt. Die Einwohner dieses begrenzten Bezirks sind im Bedarfsfall auf den Gewerbebetrieb des Berechtigten angewiesen. Der Berechtigte hat hier die dauernde Macht zu einer bestimmten Tätigkeit innerhalb eines räumlich begrenzten Bezirks. Gierke[5]) führt Heusler an. Nach Heusler[6]), der die liegenschaftlichen Nutzungsrechte als unkörperliche Sache kennzeichnet, müssen dieselben nur auf Grund einer immobilen Unterlage verwertbar sein. Heusler sagt auch: „Die stat ist nicht selber in der Gewere des Rechtsameninhabers, sonst wäre ja die Rechtsame nichts anderes als ein dingliches Recht!“ Derselbe führt alle Gerechtsame auf, die hier in Betracht kommen, die Gewerbeberechtigungen nicht, wohl aber die Zwangs- und Bannrechte. Ich schliesse mich gegen v. Landmann und Gierke der Ansicht Örtmanns[7]) an, der sagt: „Den „Charakter

[1]) R. G. E. Nr. 71 S. 265 behandelt die verliehenen Fischereigerechtigkeiten an öffentlichen Gewässern als Rechte an Sachen.

[2]) Gierke a. a. O. Bd. II S. 621.

[3]) Maurenbrecher Bd. I S. 788: „Auffallend ist, dass die Apotheker nirgend Bannrechte erhalten haben!“

[4]) Die mit Zwangs- und Bannrechten verbundenen Gewerbeberechtigungen zählen zu den Zwangs- und Bannrechten. Siehe auch Gewerb. Ord. § 7, 2 u. 3.

[5]) Gierke a. a. O. Bd. II. S. 14 Note 44.

[6]) Heusler, Institutionen des deutsch. Priv. Rechts Bd. I S. 336 ff.

[7]) Oertmann a. a. O. S. 503.

dinglicher Rechte“ haben die nicht radizierten Gewerberechte nicht. Ich möchte wissen, wo das sachliche Substrat des Rechts gefunden werden soll?“

Und dennoch werden diese Gerechtigkeiten wie die Nutzungsrechte an Liegenschaften, auf die man das gesamte Grundstücksrecht anwendet, behandelt. M. E. aus folgenden Gründen: Die Gewerbeberechtigungen, also auch die hier in Frage kommenden Apothekengerechtigkeiten, sind selbständige Gerechtigkeiten und zwar ist der selbständige Charakter durch das Recht, die Gerechtigkeiten vererben und veräussern zu können, in die Privilegien hineingelegt. Hieraus erwächst die Möglichkeit, die zum Fortbestehen der Rechte nötigen Rechtssubjekte, unabhängig von der Rechtsordnung, die die Rechte gesetzt hat, jedesmal wieder ersetzen zu können. Auf diese Weise können die Rechte selbständig fortbestehen[1]). Auch in die vererblichen und veräusserlichen Nutzungsrechte an Liegenschaften ist durch die Vererblichkeit und die Veräusserlichkeit ein selbständiger Charakter hineingelegt. Auch bei diesen erwächst hieraus die Möglichkeit, die zum Fortbestehen der Rechte nötigen Rechtssubjekte, unabhängig von den Rechtssubjekten der Liegenschaften, die ursprünglich die Rechte eingeräumt haben, jedesmal wieder ersetzen zu können.

Gewerbeberechtigungen und Nutzungsrechte an Liegenschaften sind also beide selbstständige Gerechtigkeiten. Die Nutzungsrechte an Liegenschaften sind den Grundstücken gleichgestellt, weil sie liegenschaftlicher Natur sind; die Gewerbeberechtigungen sind den Nutzungsrechten gleichgestellt, weil sie ebenso, wie diese selbständige Gerechtigkeiten sind. Liegt die Veranlassung zur Gleichstellung der Nutzungsrechte mit den Grundstücken in ihrer Natur, so ist die Gleichstellung der Gewerbeberechtigungen mit den Grundstücken von dem Gesetzgeber gewollt, weil die Berechtigungen sich dazu eigneten und weil der Gesetzgeber eine möglichst gleichmässige Behandlung aller selb-

[1]) Vergl. hierzu auch oben S. 159.

ständigen Gerechtigkeiten für gut befand. So sagt auch Predari[1]: „Die gemeinrechtliche Wissenschaft verstand unter selbständigen Gerechtigkeiten, vom Grundbesitz unabhängige (subjektiv-persönliche), zeitlich regelmässig nicht beschränkte, vererbliche und veräusserliche Gerechtsame aller Art, die sich vermöge dieser Eigenschaften für die grundstücksgleiche Behandlung tauglich erwiesen!“ Ich stimme Gierke zu, wenn er sagt[2]: Das Landesrecht hat kraft allgemeiner Ermächtigung die Apothekergerechtigkeiten den Grundstücken gleichgestellt“ und an anderer Stelle[3]: „Es sind, während die für selbständige Gerechtigkeiten überhaupt erlassenen Vorschriften im Zweifel auf die vererblichen und veräusserlichen Nutzungsrechte an Grundstücken Anwendung finden, vielfach die für die letzteren gegebenen Vorschriften zugleich auf selbständige Gerechtigkeiten anderer Art erstreckt!“ — Der in der Reichsgewerbeordnung gebrauchte Ausdruck Realgewerbeberechtigung für die nicht radizierte Gewerbeberechtigung findet also darin seine Erklärung, dass diese Gewerbeberechtigung wie eine unbewegliche „Sache“, — deshalb auch die Bezeichnung unkörperliche „Sache“, — durch Vererbung und Veräusserung, unabhängig von ihrem Ursprung, selbständig fortbestehen kann und dass sie aus diesem Grunde vom Gesetzgeber wie ein grundstücksgleiches Recht behandelt ist.

In einzelnen Landesgesetzen fand die Gleichstellung der selbständigen Gewerbeberechtigungen mit den grundstücksgleichen Rechten schon früher ihren Ausdruck durch die Möglichkeit, dass für eine selbständige Gerechtigkeit auf Antrag des Eigentümers ein eigenes Blatt im Grundbuch angelegt werden konnte. So in Preussen, Braunschweig, Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen, Anhalt, Waldeck und anderen Staaten.

---

[1]) Predari, Grundbuchordnung S. 46.
[2]) Gierke a. a. O. Bd. II S. 15 u. Note 48.
[3]) Gierke ebenda S. 621.

Das eigene Grundbuchblatt dokumentiert die Selbständigkeit der Rechte auch äusserlich. Die Stelle, an der im Grundbuch die selbständige Gerechtigkeit verzeichnet ist, heisst dessen Grundbuchblatt und ist für dieselbe das Grundbuch. Ein Unterschied in der Buchung besteht insofern zwischen Nutzungsrechten und Gewerbeberechtigungen, als die Nutzungsrechte an Grundstücken nur dann ein eigenes Grundbuchblatt erhalten können, wenn die Eintragung auch auf das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks stattgefunden hat. Ist das Grundstück ein öffentliches, so ist das natürlich nur möglich, wenn dasselbe ein Grundbuchblatt hat. Ebensowenig können die Zwangs- und Bannrechte als Lasten auf die Grundstücke des Bannkreises eingetragen werden. Gewerbeberechtigungen belasten kein Grundstück, daher kann nur eine Buchung auf dem eigenen Grundbuchblatt stattfinden.

Früher sind in Preussen die selbständigen Apothekengerechtigkeiten öfter auf das Grundbuchblatt des Grundstücks eingetragen worden, auf dem die Apotheke betrieben wurde. Hierzu äussert sich das preussische Ministerial-Reskript vom 19. März 1840[1]): „ . . Die Eintragung solcher Apothekenprivilegien in das Hypothekenbuch unterliegt nach Titel I § 14 der Hypothekenordnung an und für sich überall keinem Bedenken. Ebenso ist auch ihre Verbindung mit einem bestimmten Grundstücke als Realpertinenz und die diesfallsige Eintragung nach Vorschrift der Hypothekenordnung Titel I § 12, wenn zwar dadurch nach § 4 des Edikts vom 9. Oktober 1807 und § 33 des Gesetzes vom 7. September 1811 keine untrennbare Zubehörigkeit entsteht, doch für überhaupt unstatthaft um so weniger zu erachten usw.!“ Aus diesen Eintragungen hat die Rechtsprechung öfter gefolgert[2]), dass die Gerechtig-

[1]) Abgedruckt in H. Böttger, Die preuss. Apothekengesetze 4. A. S. 251.

[2]) Entscheidungen des Pr. O. V. G. 1905 Nr. 19. 1906 Nr. 38 u. a. Die letztere sagt: „Eine Umwandlung des Personalprivilegiums in ein Realprivilegium sei dadurch erfolgt, dass auf Antrag des Eigentümers des Apothekengrundstücks die Zuschreibung des Privilegiums im Grundbuch erfolgt sei!“

keiten dadurch mit den Grundstücken in realer Weise verbunden seien und die persönlichen Rechte zu Realrechten geworden seien. Hier ist aber das Wesen der Privilegien ganz verkannt worden. Durch den Akt der Eintragung kann ein persönlich verliehenes Privilegium niemals in ein reales verwandelt werden, also niemals mit dem Grundstück fest verbunden werden. Eine solche Umwandlung und Bindung ist ein Gesetzgebungsakt, der nicht vom Grundbuchrichter und dem beantragenden Privilegieninhaber, sondern nur vom Verleiher im Privilegium oder auf gesetzlichem Wege vollzogen werden kann. Ist eine solche Zuschreibung ohne Zustimmung des Verleihers erfolgt, so ist sie auch jederzeit wieder rückgängig zu machen, d. h. das Recht kann jederzeit wieder von dem Grundstück abgetrennt werden[1]). Das Recht leidet nicht darunter, während ein Realrecht ohne den Willen des Verleihers nicht von der Sache losgelöst werden kann. Einige Ausführungsgesetze zur Grundbuchordnung und zum Bürgerlichen Gesetzbuch sagen, dass eine Gewerbeberechtigung als Bestandteil zu einem Grundstück zugeschrieben werden könne.[2]) Hier liegt eine gesetzliche Ermächtigung zur Eintragung vor. Für die privilegierten Gewerbeberechtigungen gilt diese Bestimmung aber nicht, weil in dem Gesetz der ausdrückliche Hinweis auf dieselben fehlt.[3]) Über die Pertinenzqualität dieser Apothekenprivilegialrechte im Falle einer Zuschreibung zu einem Grundstück vergleiche man Seite 187 auch Note [2]).

Nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Reichsgrundbuchordnung haben die Gliedstaaten Gelegenheit genommen, für die Buchung der Nutzungsrechte in den Ausführungsgesetzen ergänzende oder die Eintragung ermöglichende Vorschriften zu geben, die meisten Staaten auch für die Realgewerbeberechtigungen. Berechtigt waren diese hierzu durch den Artikel 74 des Einführungsgesetzes

[1]) In dem citierten Ministerial-Reskript wird auch ausdrücklich hingewiesen, dass keine untrennbare Zubehörigkeit entsteht.

[2]) z. B. A. G. zum B. G. B. für Sachsen-Altenburg § 78.

[3]) Vergl. hierzu oben S. 141.

zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Derselbe heisst: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen!“ Planck[1]) sagt zu diesem Artikel: „Abgesehen von der durch die Gewerbeordnung begründeten Beschränkung, ist der Vorbehalt ein allgemeiner. Die Landesgesetzgebung kann dadaher, soweit die Gewerbeordnung nicht entgegensteht, sowohl über die Existenz, als über den Inhalt der fraglichen Rechte Bestimmungen treffen; ebenso über den Erwerb, über die Übertragung und das Erlöschen der Rechte!“

Manche Staaten haben dann ohne weiteres diese Gewerbeberechtigungen den reichsrechtlichen Vorschriften über Grundstücke und Erwerb und Schutz des Grundeigentums unterworfen. So Bayern A. G. zur Gr. B. O. Art. 17 und Schwarzburg-Sondershausen A. G. zum B. G. B. Art. 27 bis 28.[2]) In anderen Staaten werden diese Gewerbeberechtigungen erst den Grundstücken durch die Anlage eines Grundbuchblattes gleichgestellt, so in Preussen A. G. zum B. G. B. Art. 40. Sachsen-Weimar A. G. zum B. G. B. § 125, Braunschweig A. G. zum B. G. B. § 43. In Sachsen-Altenburg A. G. zum B. G. B. § 78, hier ist eine ministerielle Genehmigung erforderlich, ebenso in Reuss j. L. nach A. G. zum B. G. B. § 67 und A. G. zur Gr. B. O. § 13. Dann in Anhalt A. G. zum B. G. B. Art. 54 und Waldeck A. G. zum B. G. B. Art. 21. Sachsen-Meiningen unterwirft diese Gerechtigkeiten den Vorschriften der Reichsgrundbuchordnung im A. G. zur Gr. B. O. Art. 21. Im allgemeinen findet die Anlegung des Grundbuchblattes auf Antrag statt; in Bayern, Braunschweig, Schwarzburg-Sondershausen und Reuss j. L. wird es von Amts wegen angelegt, wenn die Berechtigung veräussert oder belastet werden soll.[3]) — Dazu gilt, dass ein Recht, welches schon vor der Anlegung eines Grundbuchblattes den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Grundstücke unter-

[1]) Planck, Kommentar zum B. G. B. zu Art. 74 E. G.

[2]) B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch, Gr. B. O. = Reichsgrundbuchordnung, A. G. = Ausführungsgesetz, E. G. = Einführungsgesetz.

[3]) Vergl. Becher die Ausführungsgesetze zum B. G. B.

worfen ist, wie in Bayern, erst veräussert und belastet werden kann, wenn es gebucht ist. Gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Grundstücke für diese Rechte erst nach der Buchung, wie in Preussen, so ist eine Veräusserung und Belastung derselben auch ohne Buchung möglich.

In Betracht kommen für die selbständigen Gerechtigkeiten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, die sich auf Grundstücke beziehen, und die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften.

Durch diese gesetzlichen Bestimmungen sind die selbstständigen Apothekenprivilegialrechte als Vermögensrechte anerkannt. Durch die Anlegung eines eigenen Grundbuchblattes werden die Immobiliargerechtigkeiten behandelt, gleich als wären sie Grundstücke.[1]) Die Grundstücke sind in erster Linie Vermögensobjekte, somit sind auch unsere Rechte zu solchen geworden.

§ 2. Als radizierte Realrechte.[2])

Die radizierten Realrechte entstanden im Mittelalter in grosser Zahl. Auch hier waren die Zünfte wieder die Vorkämpfer. Sie erstrebten für die Gewerbe, zu deren Betrieb besondere Einrichtungen auf den Grundstücken und in den Gebäuden erforderlich waren, wie z. B. für Brauhäuser, Brennereien, Bäckereien usw. eine über das Leben des Unternehmers hinausgehende Dauer. Die Gefahr, die auf den Grundstücken angelegten kostbaren Anlagen durch den Tod des Gewerbebetreibenden wertlos gemacht zu sehen, wurde natürlich wesentlich verringert, wenn der jedesmalige Eigentümer des Grundstücks die Erlaubniserteilung zum Gewerbebetrieb in seiner Hand hatte. Die persönlichen, vererblichen und veräusserlichen Privilegien haben jedenfalls diese Sicherheit bei dem damaligen Rechtszustand nicht in dem Masse geboten. Diese Verhältnisse

[1]) K. Cosack, Sachenrecht Teil I S. 3.

[2]) In der Lit. kurz „Realrechte", auch „eigentliche Realrechte" genannt.

trafen auch auf die Geschäftseinrichtungen, Gebäude und Grundstücke der Apotheker zu.[1]) Bei den Apotheken kam noch hinzu, dass ein öffentliches Interesse eine möglichst enge Verbindung des Gewerbebetriebes mit einmal zweckmässig eingerichteten Gebäuden erheischte.[2])

Die radizierten Realrechte definiert Gierke[3]) folgendermassen: „Es sind Rechte, die ihrem Subjekt durch das Mittel einer zur Rechtsträgerin erhobenen unbeweglichen Sache zustehen!“ Man nennt die Rechte deshalb auch wohl subjektiv-dingliche Rechte, der Ausdruck ist aber nicht ganz zutreffend, weil subjektiv-dingliche Rechte auch an eine bewegliche Sache geknüpft sein können.[4]) Das Preussische Landrecht nennt sie dingliche Rechte. Der Ausdruck „radiziert“ sagt, dass das Recht in die unbewegliche Sache eingefügt, gewissermassen eingepflanzt ist.

Für die aus den Realprivilegien stammenden radizierten Rechte tritt die Entstehung derselben mehr in den Hintergrund und die Knüpfung an die unbewegliche Sache, das realrechtliche Moment, dominiert als massgebender Faktor. Unger[5]) sagt: „Das Realprivilegium fällt unter die Kategorie der Realrechte, es gelten die für dieses Recht angeführten Grundsätze!“ Maurenbrecher[6]) stellt für alle Realrechte gemeinsame Grundsätze auf. Hiergegen wenden sich Wächter, Unger, Gierke, wie überhaupt die neuere Literatur. Danach besteht das Gemeinsame aller Realrechte lediglich in der Verknüpfung eines Rechtes mit der unbeweglichen Sache, im übrigen können die Rechte ausserordentlich verschieden sein. „Die juristische Natur eines Rechts“ sagt Unger, „wird durch die Verknüpfung desselben mit einer Sache nicht geändert, das Recht behält seinen Charakter

[1]) Die Landesgesetze sprachen hier von grossen und kostbaren Gewerbs- Vor und Einrichtungen.

[2]) Ausgesprochen im Preuss. Minist. Resk. v. 19. III. 1840.

[3]) Gierke a. a. O. Bd. II S. 84.

[4]) Z. B. wenn das Recht, den persönlichen Adel zu führen an einen Orden geknüpft ist.

[5]) Unger a. a. O. Bd. I. S. 589.

[6]) Maurenbrecher a. a. O. Bd. I S. 769 f.

ungetrübt, indem die Verknüpfung mit der Sache nur die Bedeutung hat, an die Stelle der unmittelbaren Bestimmung einer individuellen Person eine allgemeine Beziehung zu setzen, durch welche der Inhalt des Rechts nicht im entferntesten affiziert wird. Das Recht bleibt vielmehr ohne Rücksicht auf die Art und Weise, wie es an die Person geknüpft wird, stets dasselbe!" — Es gelten also für die Realrechte nur insoweit gemeinsame Grundsätze, wie die Beziehung zu dem berechtigenden Grundstück in Frage kommt. Im übrigen nehmen die Realrechte zusammen mit gleichartigen Personalrechten an dem besonderen Rechte der Klasse Teil, der sie angehören[1]).

Als die hauptsächlichsten Entstehungsgründe der Realrechte werden in der Literatur angegeben: Gesetz, Privilegium, Verleihung von Realgerechtigkeiten, Rechtsgeschäft und Unvordenklichkeit. Die Entstehungen der Realrechte durch „Privilegium" und durch „Verleihung von Realgerechtigkeiten" haben die unentgeltliche Verleihung gemein. Die „Verleihung von Realgerechtigkeiten" kann von jedermann vorgenommen werden, die Verleihung der Realgerechtigkeiten durch Privilegien nur von den Inhabern der Privilegiengewalt. Verleiht die gesetzgebende Gewalt ein Recht unentgeltlich, so nennt man dieses auch Privilegium. Die durch Gesetz und Privilegiengewalt entstandenen Gerechtigkeiten haben immer einen öffentlichrechtlichen Inhalt. Wie wir gesehen haben, sind die meisten Apothekengerechtigkeiten durch die Privilegiengewalt entstanden; die seltene Entstehung derselben durch Rechtsgeschäft und Unvordenklichkeit ist bereits erörtert[2]).

Bei den selbständigen Gerechtigkeiten hat das Wesen der Privilegien in Bezug auf die Individualisierung des Rechtssubjekts dadurch eine Änderung erfahren, dass sie in andere Hand übergegangen sind; die Folge war, wie im vorigen Kapitel ausgeführt worden ist, dass diese Rechte einen realen Charakter bekommen haben. Für die Real-

[1]) Vergl. Gierke Bd. II S. 85.

[2]) Vergl. oben S. 62 Note 1, S. 157 u. Absch. III Kap. 2 § 2.

rechte findet auch bei der Privilegierung keine Individualisierung von Rechtssubjekten statt, die Realität der Rechte wird schon im Privilegium geschaffen, indem eine unbewegliche Sache als Trägerin des Rechtes bestimmt wird. — „Quod praediis datur, extincta persona non extinguitur", das ist das Wesen der radizierten Rechte.

Die Grundstücke oder Häuser, an die die Rechte geknüpft wurden, finden sich in den älteren Apothekenprivilegien, in Ermangelung eines geordneten Katasters, oft in sehr einfacher Weise gekennzeichnet. So das steinerne Haus am Markt, genannt das Vitztumhaus, das Graf Wiesentsche Haus an der Sandgasse, das Anwesen an der Oberstrasse, begrenzt einerseits von dem, hinten von dem, anderseits von dem. Das Haus am Markt rückwärts zwischen dem Kaufmann N. und dem Bürger O. Das Haus in der Albrechtstrasse, welches er von dem N. gekauft hat. Oder es ist bemerkt, dass ein bestimmtes Haus von der Aufsichtsbehörde für gut befunden ist. Selten sind die Häuser in den Privilegien nach den Eintragungen in den Stadtarchiven, Chroniken oder Schreinsbüchern bezeichnet, erst im achtzehnten Jahrhundert wurde die Bezeichnung nach den Stadtkatastern „sub No." häufiger. Wurde ein persönliches Recht durch Extension in ein reales verwandelt, so wurde in dem neuen Privilegium das Haus als Apotheke des N. N. bezeichnet. Auch bei Konfirmationen wurde in der neuen Urkunde das Anwesen oft genau bezeichnet, es ist möglich, dass auf diese Weise eine Knüpfung an das Haus oft mehr eine zufällige war. Auffallend ist, dass so oft in den Realprivilegien eine ältere Urkunde, die jedenfalls persönlich verliehen war, erwähnt wird.

Eine Eintragung der Apothekenrealrechte in die öffentlichen Bücher wurde gewöhnlich für die von den Städten verliehenen Privilegien bei der Verleihung vorgenommen, später wurden dann bei Besitzwechsel alle Realrechte in entsprechende Register und Verzeichnisse, wie Salebücher, Flur-, Lager- oder Stadtbücher, die sich des öffentlichen

Glaubens mehr oder weniger erfreuten, eingetragen [1]). In diesen wurden schliesslich alle Rechtsgeschäfte, die auf das Grundstück Bezug hatten, vermerkt. Auch Gildebücher, Matrikel und Genossenschaftsbücher wurden zur Eintragung benutzt. Durch die Rezeption verloren viele dieser Einrichtungen an Wert, erhielten sich aber zum Teil in den Partikularrechten. Die deutsche Einrichtung liess sich nicht unterdrücken und so finden wir schon im achtzehnten Jahrhundert in verschiedenen Staaten auf gesetzlicher Grundlage basierende Güter- Servituten- oder Rentenbücher, z. T. auch schon Hypothekenbücher [2]). Nach Einführung der Grundbuchordnung ist teils durch Verschmelzung dieser Einrichtungen, teils durch Neueinführung der Grundbücher auch hier eine einheitliche Regelung geschaffen worden. Die innere Einrichtung der einzelnen Grundbuchblätter ist den Landesgesetzen überlassen, dagegen gilt für neu anzulegende Grundbücher ein einheitliches Formular. In diesen ist das Bestandsverzeichnis geteilt und zwar in: I. „Verzeichnis der Grundstücke“ und in II. „Verzeichnis der mit dem Eigentum verbundenen Rechte. Unter II. werden also auch die radizierten Apothekenprivilegialrechte gebucht. Die erfolgte Eintragung gilt als Beweis für das Bestehen des Realrechts, wenn der Richter bei der Eintragung vermerkt hat, dass ihm die Urkunde vorgelegt worden ist. Ist das nicht der Fall, muss der Beweis durch Vorlegung der Urkunde erbracht werden.

Eine Person wird im Realprivilegium nicht bestimmt. Das Privilegium nennt eine unbewegliche Sache, an diese wird das Recht so geknüpft, dass dieselbe Rechtsträgerin wird und jeder, der gerade Eigentümer der Sache ist, ist Subjekt des Rechtes. In der älteren Theorie versuchte man die Sache selbst als das eigentliche Rechtssubjekt hinzustellen. Sie sei eine juristische Person, deren Rechte von

[1]) Oertmann a. a. O. S. 285 erwähnt, dass in München schon gemäss den Grundbuchordnungen von 1572, 1573 und 1628 für liegende Güter innerhalb des Burgfriedens ein eigentliches Grundbuch existierte.

[2]) In Preussen durch das Gesetz von 1783 und dann durch das A. L. R.

einem Stellvertreter ausgeübt würden. Man stützte sich auf die oben Seite 34 angeführten Digestentitel de aqua quotidiana und de censibus, in denen es heisst „jus datur praediis“ und „jus rei datur“. So sagte man auch jus rei, Recht der Sache. Diese Theorie hätte zur Folge, dass der Eigentümer der Sache das Recht nur hätte ausüben dürfen; in der Tat kann er aber frei darüber verfügen, er kann es ruhen lassen, auch aufgeben. Es erlischt auch ein Recht auf eine Reallast, wenn herrschendes und dienendes Grundstück durch einen Eigentümer vereinigt werden, was nicht denkbar wäre, wenn die Sache das berechtigte Subjekt wäre. Diese Theorie ist schon deshalb hinfällig, weil nur ein durch Rechtssatz als Träger eines freien Willens anerkanntes Wesen, also nur eine Person, Rechtssubjekt sein kann.

Ebensowenig ist es richtig, wenn man sagt, das Recht stände dem jedesmaligen Besitzer der Sache zu. Der Besitzer darf es wohl in den meisten Fällen ausüben, aber verfügen darf er über das Recht nicht. — Es kann auch vorkommen, dass der Eigentümer das Recht nicht ausüben kann, z. B. wenn die Steuerfreiheit eines Grundstücks nur dem adligen Eigentümer zukommen soll. Ein nicht adliger Eigentümer des Grundstücks wäre trotzdem auch Eigentümer des Rechts, er kann es aufgeben, mit dem Grundstück vererben und veräussern usw., aber er kann es nicht ausüben, das Recht ruht so lange, bis wieder ein Adliger Eigentümer des Grundstücks wird. Nach Unger und Wächter[1]) lägen die Verhältnisse der Rechtsausübung bei den Gewerbeberechtigungen ebenso, dieselben könnten nur unter der Voraussetzung der gehörigen Gewerbsbildung ausgeübt werden. Wächter führt als Beispiel die Qualifikation als Apotheker an. Auch hier wird wieder Recht und Erlaubnis identifiziert. — Das Recht der Erlaubniserteilung kann jeder Eigentümer des Apothekengrundstücks ausüben, die Erlaubnis darf aber nur einem Apotheker erteilt werden.

[1]) Wächter a. a. O. Bd. II S. 325 u. S. 335 f. nennt diese Rechte dann **jura realia mixta.**

Durch ein Apothekenrealprivilegium wird in erster Linie das Apothekenprivilegialrecht an das Grundstück oder Haus gebunden, aber auch die durch denselben Titel verliehenen Rechte, wie die Steuerbefreiungen, Freiheiten von Einquartierungslasten, Rechte auf Geldleistungen der Gemeinden, wurden auf diese Weise gebunden; auch Gemeindenutzungsrechte, wie Holz und Weidegerechtsame aus dem Allmendvermögen der Gemeinden, sind an die Sache geknüpft worden.[1]) Zugleich mit den Rechten waren auch die Verbindlichkeiten aus dem Privilegium an die Sache geknüpft.

Das Realrecht teilt das Rechtsschicksal der Sache, an die es geknüpft ist. Ist es an ein Gründstück geknüpft, so erfasst es auch die wesentlichen Bestandteile desselben, also auch die dauernd mit ihm verbundenen Gebäude; ist es an ein Haus geknüpft, so gehört zu demselben auch der Grund und Boden, soweit er wesentlicher Bestandteil des Hauses ist. Es wird mit der Sache veräussert, belastet, vererbt und es unterliegt dem Immobiliarsachenrecht, daher erfährt auch das Apothekenprivilegialrecht, obgleich es ein öffentliches Recht ist, hier eine privatrechtliche und vermögensrechtliche Behandlung.[2]) Eine Konstituierung und Restituierung der Privilegialrechte ist, wie wir gesehen haben, ausgeschlossen. Die Frage, ob eine Erweiterung oder Einschränkung des Umfanges der privilegierten Realgewerbeberechtigung durch Vergrösserung oder Verkleinerung der räumlichen Unterlage möglich ist, muss nach den Interpretationsregeln des Privilegienrechts verneint werden. Unbedeutende Veränderungen sind aber in der Rechtsprechung öfter für zulässig erklärt worden.

Der Gegenstand des Realrechts ist nach deutschem Recht eine unkörperliche Pertinenz des Grundstücks. Pertinenzen — Zubehör, Hilfs- oder Nebensachen — sind nach Dernburg[3]) Objekte, welche zusammen mit einer anderen

[1]) Es handelt sich hier also um Nutzungsrechte an Liegenschaften, die nicht selbständige Gerechtigkeiten sind.

[2]) Vergl. Gierke Bd. II S. 86 u. Note 14.

[3]) Dernburg, Pandekten S. 178.

Sache — der Hauptsache — demselben wirtschaftlichen Zwecke dienen, weshalb beide im Verkehr als eine einheitliche Grösse gelten. Die Pertinenzqualität der radizierten Realrechte, besonders der Realgewerbeberechtigungen, ist aber keineswegs allgemein anerkannt. So steht Maurenbrecher gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Er sagt:[1]) „Die Realrechte sind diejenigen dinglichen Rechte, die an den Besitz eines Grundstücks geknüpft sind, ohne für das Grundstück selbst irgend eine Zweckbestimmung zu haben. Die deutschen Realrechte schliessen die Pertinenzqualität von sich aus!“ Unger[2]) sagt: „Der Begriff des Zubehörs ist, soll nicht gänzliche Verwirrung entstehen, auf körperliche Sachen zu beschränken. Ein Recht kann niemals Pertinenz einer Sache sein!“ Das Realrecht ist nach Unger eine juristische Eigenschaft der Sache und daher gleich den physischen Eigenschaften der Sache nicht bloss als ein äusserliches Annex, sondern als inhärierende Qualität der Sache zu betrachten (conditio fundi l. 23. § 2 D 8, 3 de S. P. R.[3]).

Weiter sagt Unger: „es gibt Rechte, welche keine innere Beziehung auf die Sache selbst haben, welche daher auch ohne Verknüpfung mit einer Sache recht wohl bestehen können und somit wesentlich selbständiger Natur sind, wie z. B. die Gewerberechte!“

Wie verhält es sich mit den radizierten Apothekengerechtigkeiten? Haben sie eine innere Beziehung zu dem Grundstück, an welches sie gebunden sind? — Von meinem Standpunkt muss ich die Frage verneinen. Hat der Eigentümer eines Grundstücks das Recht einem Apotheker die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb zu erteilen, so spielt das Grundstück, an das das Recht geknüpft ist, bei der Ausübung der Erlaubniserteilung keine Rolle. Ebensolche Rechte sind, wie wir gesehen haben, höchstper-

[1]) Maurenbrecher a. a. O. Bd. I S. 769 f, ebenso Reyscher.

[2]) Unger, Bd. I S. 577. Note 33. Ebenso Wächter.

[3]) Gierke sagt dazu im Bd. II S. 87 Note 20: „Das ist richtig, sagt aber über das Verhältnis zwischen Eigentum und dem Recht nichts aus!“ Derselben Meinung wie Unger sind v. Gerber und Wächter.

sönlich, persönlich oder real verliehen, in allen Fällen wird derselbe Zweck erreicht, gleichgültig ob ein Grundstück vorhanden ist oder nicht. — Wie verhalten sie sich zur Definition Dernburgs?[1]) Dienen die Rechte mit dem Grundstück zusammen demselben wirtschaftlichen Zweck? — Auch das möchte ich verneinen. Gerade die Apothekenprivilegialrechte zeigen, dass sie unabhängig von einem Grundstück als selbständige Gerechtigkeiten denselben wirtschaftlichen Zweck erfüllen wie die real gebundenen.[2]) Wir haben gesehen, dass viele persönlich verliehene Apothekenprivilegien durch Extensionen in reale verwandelt wurden, hierdurch wurde aber der wirtschaftliche Zweck der Rechte nicht geändert. Gierke[3]) hält die Pertinenzqualität eines Realrechtes für gegeben, wenn dasselbe einem Zwecke dient, der mit dem Grundbesitze in Verbindung gesetzt und der sozialen Aufgabe, die der Grundbesitz erfüllen soll, einverleibt ist. Die Ausbildung von Realgewerbeberechtigungen bedeutet nach Gierke die Bestimmung gewisser Grundstücke zu Stätten des Gewerbebetriebes. — In den meisten Fällen sind wohl die Realgewerberechte verliehen worden, nachdem das Grundstück von seinem Eigentümer zum Gewerbebetrieb bestimmt war; es ist aber Tatsache, dass die Verleiher mit dem Recht mittelbar den Zweck verfolgten, die Grundstücke dem Gewerbebetriebe zu erhalten. Genügt diese Voraussetzung, um die Pertinenzqualität eines Rechtes zu erfüllen, so wäre sie für unsere Rechte gegeben. Nach den Landesrechten sind die radizierten Apotkekengerechtigkeiten auch als Pertinenzen behandelt worden.[4]) Die landesrechtliche Auffassung des Pertinenzbegriffs war aber verschieden[5]), auch

[1]) Dieses ist die gemeinrechtliche Definition.

[2]) Vergl. hierzu: Die Realgewerberechte im Hinblick auf einen Rechtsfall von Reyscher in der Zeitschrift für deutsches Recht 1841.

[3]) Vergl. Gierke Bd. II S. 87 auch Note 17.

[4]) Vergl. Örtmann a. a. O. S. 119. Dernburg u. a.

[5]) Nach preussischem Recht war alles, was ein wirtschaftliches Ganzes mit einem Objekt ausmachte, ohne doch zur Substanz zu gehören, Pertinenz.

die Verkehrsauffassung spielte schon eine Rolle. So wurden auch öfter nicht realgebundene Apothekengewerberechte, also selbständige Gerechtigkeiten, die im Grundbuch des Betriebsgrundstücks eingetragen waren, als Pertinenzen behandelt[1]). Dagegen hat die Praxis solche zugeschriebenen selbständigen Apothekengerechtigkeiten oft nicht als Pertinenzen anerkannt. Sie verlangte, dass das Recht ausdrücklich vom Verleiher an das Grundstück gebunden war[2]). Der Umstand, dass die Apothekenprivilegialrechte juris publici sind, ist kein Grund, ihnen die Pertinenzqualität abzusprechen, auch das Kirchenpatronatsrecht war häufig als Zubehör an das Grundstück des Patrons gebunden[3]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 96: „Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, gelten als Bestandteile des Grundstücks!“ Die Realrechte sind mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden; sie sind dadurch nicht Bestandteile des Grundstücks geworden, denn sie sind nicht in dem Eigentum des Grundstückes enthalten. Durch die Verbindung mit dem Eigentum *gelten* sie nur als Grundstücksbestandteile und werden so von den sachenrechtlichen Schicksalen des Grundstücks mitergriffen.

Gilt der § 96 auch für die Apothekenprivilegialrechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind? Artikel 74 des Einführungsgesetzes zum Bürger-

[1]) Vergl. das oben Seite 175 zitierte preuss. Min. Reskript.

[2]) J. A. Seuffert. Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. IV S. 13 f. Erkenntnis des O. A. G. Jena 1850. Hier wird einem Apothekenprivileg, was nicht vom Verleiher ausdrücklich mit dem Grundstück verknüpft ist, die Pertinenzqualität abgesprochen. Zur Verknüpfung genüge nicht, wenn in der Verleihungsurkunde erwähnt ist, dass ein gewisser früherer Besitzer um Erneuerung des Privilegs über die von ihm angelegte Apotheke nachgesucht und diese erhalten hat, obgleich im gemeinen Leben unter dem Worte Apotheke nicht selten, in örtlicher Beziehung, das Haus verstanden wird, in welchem sich eine Apotheke befindet.

[3]) Vergl. Dernburg, Sachenrecht S. 232 f.

lichen Gesetzbuch heisst: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen!“ Die Meinungen darüber sind geteilte. Örtmann [1]) sagt: „Die Bayerische Praxis hat nicht mit Unrecht vorherrschend den Pertinenzbegriff auf Realrechte angewendet. Und in dem bisherigen Rechtszustand ist auch durch das B. G. B. keine Änderung eingetreten. Es lässt im E. G. Art. 74 die landesrechtlichen Sätze über Zwangs-, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen unberührt, und nichts dürfte im Wege stehen, für den Bereich dieser vorbehaltenen Materien auch den Zubehörbegriff zu erweitern!“ Auch v. Staudinger [2]) sagt in seinem Kommentar des B. G. B. zum § 96: „Teilweise ist die Regelung der mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Rechte der Landesgesetzgebung überlassen z. B. Zwangsrechte!“ Planck [3]) kommentiert den Artikel 74 folgendermassen: „Abgesehen von der durch die Gewerbeordnung begründeten Beschränkung ist der Vorbehalt ein allgemeiner. Die Landesgesetzgebung kann daher, soweit die Gewerbeordnung nicht entgegensteht, sowohl über die Existenz, als über den Inhalt der fraglichen Rechte Bestimmungen treffen; ebenso über den Erwerb, über die Übertragung und das Erlöschen dieser Rechte!“

Die gegenteilige Ansicht wird in einer Entscheidung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts [4]), wie folgt, begründet: „Als Rechte, welche mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sein können, dergestalt, dass sie dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zustehen, werden in den Motiven (zum damaligen § 788 Bd. III. S. 60) neben öffentlich-rechtlichen, wie dem Patronat,

[1]) Oertmann a. a. O. S. 119.

[2]) v. Staudinger sagt zum Art. 74: Unter den Vorbehalt des Artikels fallen daher hauptsächlich noch Normen über die Übertragung, über die Sicherung, über die Aufhebung, ferner über Inhalt der Befugnisse des Berechtigten und über die Ablösung der Zwangs und Bannrechte.

[3]) Planck, Kommentar zum B. G. B. Bd. VI. S. 160.

[4]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 43 S. 52 f. Vergl. auch die Zeitschrift „Das Recht“ Nr. 1328. Artikel von Hartmann.

aus dem Gebiete des Privatrechts das dingliche Verkaufsrecht, die Grunddienstbarkeiten, die Reallasten hervorgehoben und in Anmerkung 4 wird auf § 30 des Gesetzes über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 sowie auf §§ 3 bis 5 der Grundbuchordnung, welche auch von Gerechtigkeiten handeln, hingewiesen. Derartigen Rechten sollte fortan nicht mehr die Eigenschaft blosser Zubehörstücke zugeschrieben werden, da sie, solange sie mit dem Eigentum am Grundstücke verbunden sind, begriffsmässig dem Grundstücke folgen und von allen das Grundstück betreffenden Verfügungen mitergriffen werden. Sie sollten deshalb fortan vielmehr als Grundstücks-Bestandteile gelten (S. 61 a. a. O.). Diese Bestimmung des § 96 B. G. B. kommt nach Art. 181 des Einführungsgesetzes auch für die aus früherer Zeit bestehenden Gerechtigkeiten zur Anwendung, da sie den Inhalt des Eigentumsrechts begrenzt, und solche Vorschriften auf das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehende Eigentum von dieser Zeit ab Anwendung finden. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche sind also die Apothekerberechtigungen, welche mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, rechtlich als Bestandteite des Grundstücks zu betrachten, wenn auch nicht als wesentliche und daher nach § 93 daselbst nicht als untrennbare Bestandteile (Motive zu § 788 am Schlusse). Sie gehen mit dem Grundstück zugleich auf den Erwerber über und verbleiben ihm dauernd!"

Das Oberverwaltungsgericht steht also auf dem Standpunkt, dass für die radizierten Realgewerbeberechtigungen durch den § 96 B. G. B., trotz des Artikels 74 E. G. zum B. G. B., eine Änderung herbeigeführt worden sei. Artikel 74 sagt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen!" Unter Realgewerbeberechtigungen versteht man in erster Linie die radizierten Gewerbeberechtigungen; nach der heutigen Auffassung fallen allerdings auch die persönlich verliehenen, vererblichen und veräusserlichen Gerechtigkeiten (selbständige Gerechtig-

keiten) unter diesen Begriff. Für diese, für die keineswegs einwandfrei festgestellt ist, dass sie im Artikel 74 gemeint sind, ist der Vorbehalt der Landesgesetze anerkannt. Für sie sind die Landesgesetze entweder unverändert bestehen geblieben oder die Rechte sind von den Einzelstaaten durch die Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch oder zur Grundbuchordnung den Vorschriften dieser Gesetze unterworfen — oder auch nicht. Weshalb soll das Landesrecht für die zweifellos im Artikel 74 gemeinten Realberechtigungen, die an ein Grundstück gebunden sind, nicht in Kraft bleiben?

Bei dieser Frage darf die Entstehung der Rechte auch nicht unberücksichtigt bleiben. Die radizierten Gewerbeberechtigungen sind nach ihrer Entstehung in solche, die durch Privilegien verliehen sind und solche, die durch einen anderen Verleihungsakt entstanden sind, zu scheiden. Zu den ersteren zählen die meisten Apothekenrealrechte. Die Privilegialrechte sind jura quaesita. Soll ein Gesetz, welches neue Bestimmungen über die Erwerbung, den Umfang, die Ausübung und die Erlöschung der Privilegien enthält, dennoch auf bereits erworbene Privilegien Einfluss nehmen, so muss das neue Gesetz die ausdrückliche oder nach den Regeln der Interpretation zu erkennende Bestimmung enthalten, dass es zurückwirken wolle[1]). Eine solche Erklärung liegt vor, wenn das Gesetz sich als authentische Interpretation der Privilegien bezeichnet, oder wenn der Wille der Rückwirkung aus dem Inhalt des Gesetzes hervorgeht. Eine rückwirkende Kraft auf Privilegien ist aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zu entnehmen; im Gegenteil besagt der Artikel 74, dass das Gesetz keinen Einfluss auf die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Realgewerbeberechtigungen ausüben wolle. Der § 96 B. G. B. berührt ohne Zweifel den Umfang, die Erwerbung und die Erlöschung der mit einem Grundstück verbundenen Rechte, also genügt das Vorhandensein des § 96 nicht, die privilegierten Rechte als Bestandteile, im Sinne des Bürger-

[1]) Vergl. Unger a. a. O. Bd. I S. 149.

lichen Gesetzbuches gelten zu lassen. Ich schliesse mich den Ansichten Örtmanns, Staudingers und Plancks an, dass Bestimmungen über den Erwerb, die Übertragung und das Erlöschen der Realgewerbeberechtigungen den Landesgesetzen vorbehalten ist. Diese können bestimmen, ob diese Rechte als Bestandteile im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches oder als Pertinenzen eines Grundstücks im Sinne des Landesrechts übertragen werden sollen; oder sie können, wie Örtmann sagt, für den Bereich dieser vorbehaltenen Materien den Zubehörbegriff erweitern. In solchen gesetzlichen Bestimmungen müssen aber ausdrücklich die privilegierten Rechte eingeschlossen sein.

Gedeckt im vollen Umfange werden die privilegierten Realgewerbeberechtigungen durch den Begriff Bestandteil im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ebensowenig, wie durch den Pertinenzbegriff des gemeinen Rechts und der Landesrechte. Die privilegierten Realgewerbeberechtigungen sind Bestandteile eines Grundstücks und zwar solche, die nicht ohne die Hauptsache, das ist das Grundstück, bestehen können; dagegen kann die Hauptsache wohl ohne das Recht bestehen[1]). Damit ist auch die Frage, ob die privilegierten Realrechte vom Grundstück trennbar sind, beantwortet. Eine Trennung von einem Grundstück kann nur durch den Verleiher erfolgen, ebenso wie eine Knüpfung an ein Grundstück nur durch diesen erfolgen kann[2]). In beiden Fällen wird ein neues, anderes Recht verliehen.[3]) Wenn Wächter, Reyscher und Örtmann die Realgewerbeberechtigungen mit der Erlaubnis des Staates für trennbar halten, so trifft das auf die privilegierten Rechte nicht zu[4]).

Örtmann[5]) regt noch die Frage an, ob der Artikel 74 sich auch auf die noch bestehenden ausschliesslichen Gewerbeberechtigungen bezieht, also auch auf die Apo-

[1]) Vergl. hierzu Regelsberger a. a. O. S. 385.
[2]) Vergl. § 1 dieses Kapitels S. 176.
[3]) Vergl. oben Seite 83. Auch die Extension ist eine Verleihung.
[4]) Es ist auch in der Praxis nach diesem Grundsatz verfahren.
[5]) Örtmann a. a. O. S. 499.

thekenexklusivprivilegien. Eine ausschliessliche Apothekengewerbeberechtigung besteht aus dem Recht der Erlaubniserteilung, das den Gewerbebetrieb ermöglicht und aus dem Exklusivrecht, d. i. der rechtliche Anspruch auf Unterlassung der Ausübung der Erlaubniserteilung seitens des Staates für einen bestimmten Bezirk. Die Realgewerbeberechtigung ist als solche allein fähig zu bestehen, sie ist ein vom Exklusivrecht unabhängiges Recht, also darf wohl angenommen werden, dass sie auch unter den Artikel 74 fällt. Das Exklusivrecht der Apotheker fällt nicht unter diesen Vorbehalt, es fällt aber unter den Vorbehalt, der den Landesgesetzen in den §§ 6 und 7 der Gewerbeordnung eingeräumt ist[1]).

Kapitel 6.

Die Apothekenprivilegien und die Reichsgewerbeordnung.

Wir haben bereits gesehen, dass unter den Realgewerbeberechtigungen der Gerwerbeordnung die nicht radizierten Gewerbeberechtigungen, also die selbständigen Gerechtigkeiten, und die radizierten Gewerbeberechtigungen, also die mit einem Grundstück verbundenen Gerechtigkeiten, verstanden werden.

Im § 6 der Gewerbeordnung heisst es: „Das gegenwärtige Gesetz findet keine Anwendung auf die Errichtung und Verlegung von Apotheken!“ Das bedeutet: den Einzelstaaten ist es vorbehalten, über die Errichtung und Verlegung der Apotheken Bestimmungen zu treffen. v. Landmann sagt dazu[2]): „Durch die Landesgesetzgebung kann der Betrieb einer Apotheke von einer persönlichen Konzession abhängig gemacht oder die Konstituierung von

[1]) Planck sagt, wie oben S. 188 zitiert „Abgesehen von der durch die Gewerbeordnung begründeten Beschränkung ist der Vorbehalt ein allgemeiner!“

[2]) v. Landmann a. a. O. 6 A Bd. I S. 87 f.

Realrechten zugelassen oder das Gewerbe freigegeben werden usw.!" Es können also auch noch weiterhin Privilegien durch die Einzelstaaten verliehen werden. Eine Freigabe des Apothekergewerbes durch die Einzelstaaten, wie von Landmann meint, ist aber m. E. nicht möglich solche Bestimmungen würden gegen § 6, 2 der Gewerbeordnung verstossen. Es heisst dort: „Durch Kaiserliche Verordnung wird bestimmt, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind!" Für unsere Rechte ist es von Interesse, dass die Landesgesetzgebung den Betrieb einer Apotheke von einer von ihr erteilten Erlaubnis abhängig machen kann. Sie kann also anordnen, dass die von einem privilegierten Apotheker erteilte Erlaubnis nicht genügt, das heisst mit anderen Worten: Die Aufhebung der Apothekenprivilegien ist den Landesgesetzen vorbehalten. — Nach v. Landmann wären die Worte „und Verlegung" eigentlich überflüssig, da die Apotheken durch die Konzessionen an den Ort gebunden sein können und in diesem Falle die Verlegung einer Apotheke im Sinne der Konzession die Errichtung einer neuen Apotheke enthält. — Dieses trifft auf die nicht radizierten privilegierten Apothekenberechtigungen nicht zu, diese können verlegt werden, wenn der Staat die neuen Betriebsmittel gebilligt hat.

Weiter hat die Bestimmung des § 6 G. O. zur Folge, dass der § 7, 1 G. O., der die ausschliesslichen Gewerbeberechtigungen aufhebt, für die ausschliesslichen Apothekengerechtigkeiten nicht in Betracht kommt.[1]) Ferner gilt der § 7, 5 G. O. nicht in Bezug auf unsere Rechte. In diesem Absatz werden die Berechtigungen, Konzessionen zu gewerblichen Anlagen oder zum Betriebe von Gewerben zu erteilen, die dem Fiskus, Korporationen, Instituten oder „einzelnen Berechtigten" zustehen, aufgehoben. Würde diese Bestimmung für die privilegierten Apotheker in Kraft treten, so wäre das gleichbedeutend

[1]) Es ist dieses in den Motiven zur G. O. ausdrücklich ausgesprochen. vergl. v. Landmann a. a. O. Bd. I. S. 107.

mit der Aufhebung der Apothekerprivilegialrechte. Nach meiner Ansicht sind durch den Absatz 5 die Realgewerbeberechtigungen, die die Gewerbeordnung nicht ausschliesst, aufgehoben. Die Gewerbeordnung verlangt für diese Gewerbe die Nachsuchung einer behördlichen Erlaubnis. Das ist mit dem Prinzip der Aufrechterhaltung dieser Gewerbe als realberechtigte nicht vereinbar. Die Gewerbeordnung fordert die Erlaubnis von den Erben und Käufern, weil eine Erlaubnis persönlich und nicht übertragbar ist. Die Erlaubnis zum Apothekergewerbebetrieb ist auch persönlich und nicht übertragbar. Von dem Käufer oder dem Erben einer privilegierten Apotheke wird aber keine behördliche Erlaubnis verlangt; ohne Erlaubnis kann dieses erlaubnispflichtige Gewerbe nicht ausgeübt werden, es bleibt also weiter nichts übrig, als dass das Recht der Erlaubniserteilung in dem Privilegium verliehen sein muss. Der Staat erkennt das Recht und die Erlaubnis als gültig an, indem er keine behördliche Erlaubnis verlangt. Der Apotheker, der eine privilegierte Apotheke erworben hat, hat nur eine Anmeldepflicht, die auch zu verstehen ist, da der Staat, wie wir gesehen haben, sowohl die Qualifikation des Apothekers als auch die Betriebsmittel des Unternehmens zu prüfen hat.

Bayern verlangt vom Käufer oder Erben einer Realgerechtsame, also eines radizierten und eines nicht radizierten Rechts, ein Gesuch um Verleihung der zur Ausübung des Apothekergewerbes erforderlichen Konzession. Was mit der Verleihung einer Konzession gemeint ist, ist nicht klar. Um die Erlaubnis zum Apothekergewerbe kann es sich hier nicht handeln, der bayerische Staat hat sich durch die Privilegierung der Apotheken des Rechts, für diese Apotheken die Erlaubnis erteilen zu können, entäussert. Es kann sich also auch hier nur um eine Prüfung und Genehmigung der Qualifikationen des Erwerbers und der Betriebsmittel handeln. In der „Konzessions-Urkunde“ heisst es auch: „. . . die Bewilligung zur Ausübung der realen Apotheke in der Erwägung zu erteilen, dass Herr

N. N. die Gewerbs-Vor- und Einrichtungen käuflich erworben hat und nach seiner Approbationsurkunde zur selbständigen Führung des Apothekergewerbes befähigt ist!"

Der § 10, 2 G. O. der bestimmt, dass Realgewerbeberechtigungen fortan nicht mehr begründet werden dürfen, gilt, wie wir gesehen haben, in Bezug auf das Apothekergewerbe nicht. Auch § 11 G. O. „Das Geschlecht begründet in Beziehung auf die Befugnis zum selbständigen Betrieb eines Gewerbes keinen Unterschied, gilt nicht für das Apothekergewerbe. Diese „Frauenfrage" ist für das Apothekergewerbe durch besondere Bestimmungen gelöst. Vergleiche dazu Abschnitt III Kapitel 1 § 1 Seite 47. Es können somit auch Frauen Subjekte der Erlaubnis sein, Subjekte des Apothekenprivilegialrechts konnten sie schon immer sein.

Die Frage, ob der privilegierte Apotheker seine Apotheke verpachten kann, muss aus den Privilegien beantwortet werden. In dem oben Seite 128 f. erwähnten Beispiel heisst es: er soll die Apotheke nach allen Rechten des Eigentums besitzen. Eigentum ist jedwede Macht über einen Gegenstand, welche nach Natur und Recht möglich ist. Ein so privilegierter Apotheker kann auch seine Apotheke verpachten, d. h. einem Pächter die Erlaubnis zum Gewerbebetrieb erteilen. — Ist aber das Recht mit den Worten „vererblich und veräusserlich" verliehen, so darf es nur vererbt und veräussert werden, denn privilegia sunt strictissime interpretanda. — Wir haben aber oben gesehen, dass der Staat bemüht war Recht und Erlaubnis auf ein Subjekt zu vereinigen und deshalb sind auch von den Einzelstaaten Pachtverbote erlassen. Diese müssen als Gesetze oder verfassungs- oder gesetzmässig erlassene Verordnungen ergangen sein und den ausdrücklichen Hinweis enthalten, dass sie auch für die privilegierten Apotheken gelten. Die Frage, ob der § 48 G. O. diese Gesetze aufgehoben hat, ist zu verneinen. Die Errichtung von Apotheken ist den Landesgesetzen vorbehalten. Der Verleiher der Privilegien und das ist der Errichter der privile-

gierten Apotheken hat Bestimmungen zu treffen und sie auch getroffen, wie das Recht beschaffen sein soll, ob vererblich ob veräusserlich; er hat auch zu bestimmen, wem gegenüber das Recht ausgeübt werden darf. Der Errichter der Apotheken ist aber der Einzelstaat und nicht das Reich.[1][2])

Im allgemeinen ist zu sagen, dass die Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung niemals auf die „Apothekenprivilegialrechte“ angewendet werden können; so geartete Rechte sind in diesem Gesetz aufgehoben worden.

---

[1]) Neukamp zieht hier den Artikel 74 des E. G. zum B. G. B. heran. Der § 48 enthält aber keine zivilrechtlichen Bestimmungen, sondern nur eine gewerbepolizeiliche Beschränkung der Ausübung der Realrechte.

[2]) Auch v. Landmann a. a. O. Bd. I S. 88 steht auf dem Standpunkt, dass hier die Landesgesetze gelten.

Schlusswort.

Πάντα ῥεῖ. Auch an den Apotheken und ihren alten verbrieften Rechten und Privilegien ist der Strom der Zeit nicht achtlos vorübergeflossen. Die heutige Apotheke ist nicht mehr der Wunderladen jener Zeit; die moderne Apotheke hat es nicht mehr nötig sich mit einem Nimbus zu umgeben, um das Volk glauben zu machen, sie könne mit Heilmitteln, wie sie damals die medizinische Wissenschaft bot und die heute meistens als wertlos erkannt sind, dem Feinde der Menschheit, der Krankheit, entgegentreten. Die medizinische Wissenschaft ist geläutert, mit ihr auch die Apotheke. Der gewaltige Aufschwung auf dem Gebiet der Heilkunde hat auch auf die Apotheke umgestaltend eingewirkt und wirkt täglich weiter auf sie ein. Der berühmte Gelehrte Wilhelm Ostwald sagt von der modernen Apotheke: „Jeder erhebliche Fortschritt in der Chemie spiegelt sich in der ärztlichen Theorie und Praxis wieder. Ihren äusseren Ausdruck hat dieses enge Verhältnis in der Tatsache gefunden, dass in der Pharmazie sich eine besondere medizinisch-chemische Disziplin ausgebildet hat, deren Zweck die Indienststellung der Chemie für ärztliche Zwecke ist!“

Aber auch die Privilegien waren der Allmacht der Zeit unterworfen. Viele der Rechte verschwanden; sie wurden abgelöst oder aufgehoben oder sie erloschen. Herübergerettet in unsere Zeit hat sich allein das Apothekenprivilegialrecht und zum Teil das jetzt im Absterben begriffene Exklusivrecht einiger Apotheker.

Das Apothekenprivilegialrecht ist noch das alte und ist doch nicht mehr das alte. Das Recht wurde damals dem Apotheker zur Erleichterung seines Geschäftsbetriebes gegeben, heute hängt es als schwere Fessel an dem Stand der privilegierten Apotheker. Das damals so harmlose, den Apothekern wohl zu gönnende Recht hat Auswüchse gezeitigt, die das Bestehen der privilegierten Apotheken ernstlich bedrohen. Die heute in Deutschland bestehenden 1820 privilegierten Apotheken müssen eine Schuldenlast tragen, die auf über dreihundert Millionen geschätzt wird [1]). Wenn trotzdem die deutsche Apotheke die zuverlässigste, beste und billigste Arzneiversorgungsstätte der Welt ist, so ist das ein Zeichen, dass die staatliche Fürsorge sich glänzend bewährt hat und dass ein gesunder Kern im Apothekerstand steckt. Es wird auch gelingen die Auswüchse im Apothekergewerbe zu beseitigen.

---

[1]) Vergl. den Titel „Apotheken“ in Conrads Handwörterbuch. 3 A. Hierin ist der Wert der Gebäude und Einrichtungen eingeschlossen.

Anhang.

A. Einige Abschriften von Apothekenprivilegien.

Ia. Das älteste, noch erhaltene Privilegium. Für die grüne Apotheke zu Prenzlau. Ein vererbliches und veräusserliches Exklusivprivilegium.

Nos Otto et Conradus et Johannes, dei gratia Brandenburgenses et de landesberc Marchiones. Cum manifesta recognitione tenore presencium protestamur, quod dilecto nobis Walthero Juniori, civi in Prinzelaw, Exhibitori presencium apotecam ibidem pleno jure contulimus possidendam et quiete et pacifice gubernandam. Adjicientes ex gratia et favore speciali, quod nulli hominum licet aut licebit quomodolibet, quod possit aut debeat circumquaque huic predicte civitati et loco construere vel edificare ad decem miliaria aliam Apothecam. Praeterea hereditatem suam, quam nunc habet in civitate eadem aut in posterum eam habere continget, hanc ipse et sui pueri seu heredes quieta possessione et liberaliter possidendam modis omnibus possidebund. In huius rei evidentiam presens damus Scriptum nostris Sigillis roboratum. Testes huius rei sunt: Conradus Ranen, dapifer, Conradus de Redere, Tzulis de Wedele, Johannes de Sydow, milites, et quam plures alii fide digni. Actum et datum biternanstorp. Anno domini Mo CCCo IIIo. Secunda feria post festum palmarum per manum domini. Zsacarii.

Ib.[1]). Dasselbe Privilegium, im Jahre 1320 konfirmiert.

Nos Lodevicus, Dei gratia Brandenburgensis et Lusatic marchio, Palatinus comes Reni, dux bawarie, Sacri Imperii archicamerarius, Cum manifesta recognitione presencium

[1]) Ia. und Ib. aus Schelenz, Geschichte der Pharmazie.

tenore protestamur, quod dilecto nobis Johanni, filio quondam Walteri, Apothecarii nostri in Prinzlaw, suisque heredibus exhibitori presencium Apothecam ibidem pleno jure contulimus possidendam pacifice et quiete gubernandam. Adjicientes ex favore speciali gratia, quod (possit) nulli homini licet aut licebit quomodo, quod possit aut debeat circumquaque huic predicte civitati et loco construere et edificare ad decem miliaria aliam apothecam nunc habet in civitate eadem aut in posterum eam habere contingit hanc ipse et sui pueri sui heredes quieta possessione et liberaliter possidendam modis omnibus possidebunt. In cujus rei testimonium nostrum sigillum presentibus duximus appensum. Testes sunt presentes · Dominus G. . . . comes de lindowe, hinricus de Sydow, beteke de Holstendorp, hermanus de wolcow, milites, Ebelo de bens, famulus, fiol, nicolaus obderyan et Henningus de bysmark, consules nostri de prinzlaw, Hermanus de Lochow, noster notarius, cum aliis fide dignis. Datum Bernowe, anno domini Mo CCCo XXo nono feria V post festum Sancti Jacobi

IIa. Vererblich verliehenes Apothekenprivilegium, es enthält die Zusicherung, keine andere Apotheke in einem bestimmten Umkreis anzulegen, aber auch den Vorbehalt, das Privilegium widerrufen zu können. Dieses Privilegium zeigt, wie zahlreich die Nebenrechte waren.

Von Gottes gnaden Wir Georg, Hertzog in Schlesien zur Lignitz unndt Brigk Bekennen undt thun Khundt offentlich mit diesem unserm Brieffe vor Uns unsere Erben undt nachkommende Fürsten zum Brigk undt sonst vor Jedermenniglich, die Ihnen sehen, hören oder lesen, Dass sich der Erbare unser lieber, getrewer Paulus Flissmayer in unserer Stadt Wolaw wesentlich niederzulassen, undt eine offene gemeine Apotheeken von newen anzurichten zu lassen vorpflichtet, Das wir demnach unserem Untterthanen und gemeiner Landtschaft desselben ortts zum besten auch zu beförderung undt fortsetzung dieses notwendigen Wercks gedachten Paul Flissmayern diese hernach beschriebene Begnadungen undt Freyheiten gnediglichen gethan undt

gegeben haben, Nemblich undt also: Das Er der Apoteeken haben, so lange Er in unser Stadt wohnet, dieselbige in guttem wesen erhelt undt besietzet, de geschösse, hoffedienste, Wachen, Thorstehen, auch Zoll der Apotheeken-Wahren, so Er in unsere Stadt bringen wirdt, undt anderer Bürgerlichen Unpflicht undt Beschwehrung wie die nahmen haben mugen, genczlichen befreyet undt benomben sein soll. Auch wollen wir die Zeit uber keinen andern Apoteeker, viel weniger einen Empyricum wieder Ihnen aufnemben undt darmit uberseczen oder solches von unser nachgeseczter Obrigkeit zu thun gestatten. Zu deme so wollen wir sonsten keinem Burger, Einwohner, Einwohnerin alda zu Wohlaw nicht gestatten noch nachgeben, Dass Sie einige gebrante wasser, distillirte olea simplicia oder composita, purgantia vel non purgantia, welche ohne mittel zu einer Jeden gutten Apoteeken gehörig, Jemandes heimlich oder offentlich in den Leib eingeben, undt verkeuffen, auch keinen gebackenen gegossene Zucker oder Confect, Marceban, Claredt oder gewürtzte Wein, Aqua vitae, condita oder eingemachten Zeugk, gefärbte Wachsfackeln, oder was zur Apoteeken gehörig, wie es auch nahmen haben mag, nichts in deme ausgenommen, zurichten undt vorkeuffen mögen. Auch sollen himit alle frembde Landtfahrer, Tiriackskrämer oder Zahnbrecher obigermass (ausserhalb der gewöhnlichen Jahrmerckte) genczlich abgeschafft sein undt weiter nicht geduldet. Doaber einer oder mehr, uber diess, wan es Ihme angetzeiget würde, dass solches vorbotten, alse thette, der soll solcher wahren vorfallen sein, undt sich dartzu mit unserem Voigte oder Gerichten nach Gelegenheit darumb zu vortragen schuldig undt verbunden sein, auf dass sich also menniglich vor schaden zu hütten. Unndt damit sich bemelter Apoteeker mit den Seinen in unser Stadt Wohlaw desto besser erhalten möchte, So gönnen wir Ihme, dass er neben den Reichkramern allerley Aromata, Specerey oder gewürtz, gantz undt gestossen, grobe Wahren undt Küchenspeise einem Jeden, der sie begehret, zu vorkauffen macht haben soll.

Im fall Er aber künfftiger Zeit gesonnen, vor sich selbest in bemelter unser Stadt Wohlaw ein Hauss zu kauffen, So befreyen Wir Ihme dasselbige also: dass er darinnen frey sietzen undt wohnen, die Apoteeken darin halten undt aller unpflicht wie obgemeldet frey und ledig sein. Wir befreyen begnaden undt privilegiren obgedachten Paul Fliessmayern undt seine Erben in alle dem Jenigen, wie solches Stückweise hirinnen begrieffen und ausgedruckt, sich derselben also vor Uns, unsere Erben, nachkommen undt sonsten menniglich ungehindert zu gebrauchen, in Krafft und macht dieses unseres Brieffes. Jedoch behalten Wir Uns vor, Unsern Erben undt Nachkommen bevohr, dasselbige zu mindern, zu erhöhen oder zu endern. Alles getreulich undt ungefehrlich. Des zu Urkundt haben Wir unser fürstliche Ingesiegel an diesen Brieff zu hangen befohlen. Dass da geschehen undt gegeben ist zum Briege den Ein undt Zwanczigsten Tag des Monats Januarij Nach Christi unsers lieben herrn Geburt Fünfzehnhundert undt im Achtzigtsten Jahre. Darbey seindt gewest der Wohlgeborne undt die Gestrengen Ehrenvesten unsere Rhätte undt liebe getreuen Georg herr von Kitlitz undt dem Eichberge zu Kreisewitcz, Hanss Tschech zu Krippwitz unser Canszler deme dieser Brieff befohlen wardt, Ernst Prittwicz zu Lasskowicz unser hoffmarschalch undt Alexander Portugal undt Cancklam unser herczliebsten Gemahlinn holfmeister. george herczog manuppria.

IIb.[1]). Dasselbe Privilegium wird für den Nachfolger nach 9 Jahren extendiert, es wird vererblich und veräusserlich und ohne Vorbehalt des Widerrufs verliehen und mit neuen Rechten ausgestattet.

Von Gottes gnaden Wir Joachim Fridrich Thumb Probst zu Magdeburg undt Johans George gebrüdere Herczoge in Schlesien zur Lignitz undt Brigk Bekennen himit offentlich gegen aller menniglichen, Demnach weilandt der Dnrchlaucht hochgeborene Fürst undt herr, herr George

[1]) IIa. und IIb. vom jetzigen Besitzer der Apotheke, Herrn Apotheker O. Riebensahm freundlichst zur Verfügung gestellt.

Herczog in Schlesien zur Lignitz undt Brigk, Unser gnediger geliebter Vater, Christmilder gedencken, im fünfzehnhundert Achtzigsten Jahre den Ein undt Zwanzigsten Tag des Monats Januarij dem Erbarn Paul Filssmayer, gewesenem Apoteeker zu Wohlaw, wegen Anrichtung undt bestellung der Apoteeken daselbst, eine besondere Begnadgung undt Bestettigung auss fürstlich milden gnaden gegeben undt mitgetheilet, undt nun nach desselben absterben auf unser gnediges gutachten undt nun nach der vier Städte Wohlaw Steinaw Rauden und Wintzigk fleissige Behandlung, gebührliche Vorgleichung undt bewilligung eines Jahrgeldts der Erbare, Kunstreiche unser lieber getreuer Jakob Fuchss sich zu einem Apoteeker gegen Wohlaw bestellen lassen, Ihm auch zu desto besserer anrichtung der Apoteeken ein eigen Hauss daselbst erkaufft undt erbawet hatt, Alls wollen Wir hochgedachten unsers gnedigen undt geliebten herrn Vaters Bestettigung der Apoteeken zu Wohlaw hirmit auss Landesfürstlicher macht undt gewaldt vor Uns, unsere Erben undt nachkommende herren zu Wohlaw obgenannten Jakob Fuchsen, seinen Erben undt nachkommenden Besitzern, solange sie die Apoteeken zu Wohlaw, dero ortt, gelegenheit nach, richtig halten werden, aufs neue mit allen Ihren Clausuln, Punkten und Articulln, allss wehren sie von Wortte zu Wortte alhir ausgedruckt undt begrieffen, confirmirt undt bestettiget haben, Mit dieser sondern Erklärung undt vorsehung, Dass er neben den andern privilegirten süssen Weinnen auch Muskateller, für menniglich ungehindert zu feilem kauff haben müge, Dan auch das in den andern vier Städten der beiden Aembter Wohlaw undt Hernstadt keinem für einen Apoteeker sich einzuschleichen undt eine Apoteeken antzurichten verstattet werden soll, Sondern Er Jakob Fuchs, oder dem Er, oder die Seinigen dieselbe eintzige Apoteeken mit allem diesem recht vorkauffen mochte, undt solange Sie, wie obgemelt, dero orttgelegenheit nach, dieselbe richtig halten undt zur gebühr undt notturfft vorsehen würden, sollen alleine dabey geschüczet, erhatten undt gehandhabet werden. Damit er

aber wegen der gekreutter desto bessere gelegenheit gehaben möge, so hat Ihme der Rhatt zu Wohlaw ein Gärtlein einczugeben bewilliget, welches nun undt hinfuro Erblich bei der Apoteeken verbleiben soll. Wegen der Cura aber, derer er sich neben bestellung der Apoteeken, seinem besten Vorstande nach gegen obgenannter vier Städte Einwohnern in vorfallenden Anliegen bewilliget undt versprochen, haben Sie Ihme auf seine Person zu seinen lebetagen, und weil Er die Apoteeken zu Wohlaw heltt, zu einem Jahrgeldt Jährlichen auf Weinachten undt auf nächstkommende Weinachten anczufahen, viertzigk Thaler, Jeden zu Sechs undt dreyssig groschen, zu geben bewilliget, Derogestaldt, dass der Rhat zu Wohlaw Jährlich zwelff Thaler, der Rhat zu Steinaw Zehen Thaler, der Rhat zum Rauden Sechs Thaler und der Rhat zu Winczigk auch Zwelff Thaler beim Rhatt zu Wohlaw zu hauff geben undt ablegen wollen, Damit es Ihm Jakob Fuchsen von dem Rhat zu Wohlaw in einer Summa gutgemachet, undt ausgezahlet mögen werden, Undt zu desto besserem behuff, So haben wir Ihm auch, wie gemelt, auf seine Person Jährlichen Zweene Stösse Holcz fur sein Hauss zu geben undt zu gewehren lazsen bewilliget. Da Er auch auf sein Hauss die Bier, so es berechtiget, ungelegenheit halber selber nicht brewen wollte, so soll Ihme das Brewwerk einem andern hintzulassen oder zu vormietten frey stehen undt unuorschrenckt sein. Getreulich undt ungefehrlich Dess zu wahrer Urkundt haben Wir unser grösser fürstlich Insiegel dessen Wir Gebrüdere Unss sambtlich gebrauchen, hieran zu hangen befohlen, Unss auch mit eignen handen unterschrieben. Dass da geschehen undt geben ist zu Olaw den Ersten Tag des Monats May im Funffzehnhunderten, Neun undt achtzigisten Jahre. Darbey seindt gewehsen der Gestrenge Unsers Wolischen Fürstenthumbs undt zugehorender herrschaften Hauptmann undt lieber getreuer Hanss Rechenberg von Jakobsdorff zu Altenwohlaw, undt Valentinus Jencke von der Olaw, unser Secretarius, deme dieser Brieff befohlen wardt.

Joachim Fridrich hertzog zur Lignitz etc. etc.

III. Ein Apothekenprivilegium, das jedenfalls als vererbliches verliehen war, (die erste Urkunde existiert nicht mehr), wird auf die Bitte des Inhabers, sein itziges Wohnhaus und Offizin möge in allerwegen urbi et orbi bei einer Apotheke konservieret und erhalten werden, durch Extension in ein reales verwandelt.

Datum (aus den siebzehnten Jahrhundert.)
Akten: Archiv.
Tit. u. Nr.

Von Gottes Gnaden, Wir . . . . Herzog . . . . . thun kund und bekennen hiermit für uns, unsere Erben, nachkommende Herrschaft und sonsten jedermanniglich, wessmassen uns der Ehrbare unser Hofapotheker und lieber getreue N. N. untertäniglich zu erkennen gegeben und zu Gemüthe geführt, wesgestalt unsern hochlöblichen in Gott ruhenden Vorfordern, weylands Hertzogen zu . . . , Christmildesten Angedenkens, sein seeliger Vater und Grossvater, auch Er selbst mit ihrer Apotheken-Kunst und Experientz, wie auch der ganzen Offizin nun mehr über siebentzig Jahr unterthänig aufgewartet und gedienet, Er auch nochmals, geneigt und erbötig, uns in der gleichen Aufwartung seine unterthänige Bezeigung gehorsamlich darzubieten mit gebührendem Ersuchen, seiner (. . . unleserlich) wiederumb mit Gnaden zugerufen und nicht allein seine officinam und Apotheken dahin zu privilegieren, dass dieselbe bei seiner familia und somit immer einer der Kunst erfahrenen perpetuieret und verbleiben, sondern auch er in personalibus unter unser Jurisdiktion und Gerichtszwang genommen werden möge.

Wenn wir aus den alten Bestallungsbüchern und sonsten Bericht erlanget, uns auch theils selbst zurückerinnern, dass unter vorhochseelig gedachten Antecessoren Supplikanten Vater und Grossvater obangezogene nützliche Dienste geleistet, Supplikante auch dasselbe Uns und unseren Erben und Successoren noch hinfürbass wohl thun kann, mag und soll.

So haben wir danachhero und in Ansehung, dass sein Wohnhaus von so langen Jahren her zur Apotheke

angeleget und gebrauchet, auch es seine Vorfahren konserviret und beybehalten haben, solchen seine untertänigen Bitten gewissermassen in Gnaden Raum und stattgegeben, concediren und begnaden auch hiermit und in Kraft dieses, aus landesfürstlicher Macht und Gewalt, wissend und wohlbedachtlich, dass Er N. N. die von seinem Vater und Grossvater anererbte Apotheke einhaben (nebst seinen Erben urbi et orbi) besitzen, verwalten oder derselben Kaufs gebrauchen soll und möge uns Bürgermeister und Rat allhier derowegen nicht weiter als zu der bürgerlichen Pflicht des Hauses, darinnen die Apotheke ward, wie auch Reichs, Kreiss, Türken und Landsteuer verpflichtet und verhaftet sein, ingleichen, dass Besitzer der Apotheken verfügen und beschaffen soll, dass die zu jeder Zeit mit tauglichen Waren sowohl an Gewürz und aromaten zur Kirchenotdurft dienlich, als auch speciebus und pharmacis zur Artznei nutz und dienlich, versehen, auch allerwegen der Inspektion, censur und taxa, unser Hofmedicorum, so jederzeit sein werden, untergeben und gewärtig, sonsten aber wegen der Apotheke nach dero Vermögen und Zubehör Niemand als uns unterworfen und verbunden sein, so soll auch er N. N. dies unser auf ihn und seine Erben gerichtetes Privilegium auf alle Fälle von uns und desselben renovation suchen, und bitten, auch hiergegen von uns, soweit er sich mit obgesetzter Censur auch sonsten gebührlich verhalten wird, sich gnädiger defension und Schutzes unterthäniglich getrösten — alles getreulich sonder Gefährde. —

Dies zur Urkunde haben wir diese unsere Konzession mit unserm anhängenden fürstlichen Insiegel, auch eigener Hand unterschriftlich beglaubigt. So gegeben in unserer Stadt X. am . . . . . (Tag der Verleihung).

IV. Ein vererbliches und veräusserliches Exklusivprivilegium.

Wir Friedrich von Gottes Gnaden König von Preussen, Markgraf zu Brandenburg, des Heiligen Römischen Reiches Erz- Kämmerer und Kurfürst etc. Fügen hiemit zu wissen,

dass Wir dem Apotheker N. N. ein auf immer ausschliessendes Privilegium über eine Medizinalapotheke in Unserer Stadt X, wie folgt ausfertigen zu lassen, in Allerhöchsten Gnaden geruht haben.

Wir privilegieren für Uns Allerhöchst Selbst und Unseren Nachfolgern in der Regierung, gedachten N. N., nachdem er bereits die in der Medizinal Ordnung vorgeschriebenen Prostanda protestieret, und sich deshalb bey Unserem Ober-Collegio Medico gehörig legitimiert hat, über die Anlage einer Medizin Apotheke in Unserer Stadt X, durch die öffentliche Ausfertigung also und dergestalt, dass ihm Krafft derselben die Befugnis verliehen wird, in umgenannter Stadt eine Medizin Apotheke anzulegen und zu halten solche nach allen Rechten des Eigenthums zu besitzen und an seine Erben auch jeden andern recipirten Medizin Apotheker zu übertragen; und wird ihm und seinen Erben auch Nachfolgern, dieses Privilegium über die Medizin Apotheke, in Betracht der auf die Anlage zu verwendenden beträchtlichen Kosten, und in Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Orts hiermit auf immerwährende Zeiten, dergestalt Ausschliessungsweise allergnädigst verliehen, dass keinem andern gestattet werden soll, in der Stadt X eine Medizin Apotheke anzulegen und Medizin feil zu haben. Ausserdem wird ihm noch die Befugniss zum Material Handel, jedoch nicht Ausschliessungsweise verliehen, so dass er ohne die geringste Einrede es sich gefallen lassen muss, wenn sich noch mehrere als Materialisten sich in der Stadt X etablieren wollen. Im übrigen ist Privilegiatus verbunden, die Medizin Apotheke sobald als möglich und spätestens binnen Vier Jahren in den gehörigen Stand zu setzen, und mit allen Simplicibus und Compositis zu versehen, aus denen eine wohl eingerichtete Apotheke bestehen soll, auf die Bereitung der Medicamente allen Fleiss und Vorsicht zu verwenden und die Abgänge stets durch frische Materialien zu ersetzen, damit man zu allen und jeden Zeiten bey allen und jeden Unfällen vorzüglich aber bei gefährlichen, ansteckenden

und tödlichen Krankheiten die benöthigten Medikamente ohne Zeit Verlust erhalten könne einem jeden, der solche verlangt, auf das promteste und wenn es auch bey Nachtzeit ist zu bedienen, bei dem Verkauf der Medikamente selbst sich nach dem dispensatorio und Medizinal Ordnung auf das genaueste zu achten und daher gute Ware nach richtigem Gewicht und Maass zu geben, und solche in keinem höheren als dem Preise der Medizinal Taxe zu verkaufen, bey der Verabreichung dahin zu sehen, dass keine Verwechselungen mit der Medizin aus Unvorsichtigkeit begangen werden, Gift und praeparata aus Giften in besonderer Verwahrung zu halten, auch diese niemahlen bei der schwersten Verantwortung und Strafe sowenig durch einen Lehrburschen verabreichen zu lassen als an schon verdächtige Personen oder Verdacht erweckende Personen, und ohne die genaueste Erkundigung, von wem sie und wozu sie verlangt werden zu verabfolgen, ferner sich der von Zeit zu Zeit haltenden Visitationen seiner Apotheke ohne Widerrede zu unterwerfen und sich übrigens in allem und jeden Betracht so zu verhalten, wie es einem geschickten rechtschaffenen und gewissenhaften Apotheker gebührt, und durch den in der Medizinal-Ordnung den Apothekern vorgeschriebenen Eyd besimmt wird.

Dagegen wollen wir gedachten N. N. alle Gerechtigkeiten und Freyheiten so nach unsern höchsten Verordnungen den Medizin Apothekern zukommen, gleichfalls geniessen lassen, befehlen auch unserer Cammer Deputation hierdurch allergnädigst und ernstlich mehrgedachten N. N. dessen Erben und rechtmässige Besitzer dieser Medizin Apotheke bey dem vollkommenen Genuss des in Gnaden ihm erteilten vorstehenden privilegii zu schützen und nicht zu gestatten, dass er oder sie darinnen gestöret oder behindert werden. Urkundlich haben Wir dieses Privilegium Höchst Eigenhändig unterschrieben, und mit Unserm Königlichen Insiegel bedrucken lassen.

So geschehen und gegeben zu Berlin

gez. Unterschrift (Siegel).

B. Wortlaut der Approbationen.

Approbation für den Kandidaten der Pharmazie (altes Muster.)

Nachdem Herr N. N. aus X die pharmazeutische Prüfung vor der pharmazeutischen Prüfungs-Kommission zu X mit dem Prädikat „ “ bestanden hat, wird ihm hierdurch

die Approbation zum selbständigen Betriebe einer Apotheke im Gebiete des deutschen Reichs

in Gemässheit des § 29 der Gewerbe-Ordnung vom 21. Juni 1869 ertheilt

Siegel und Unterschrift der approbierenden Behörde.

Approbation als Apotheker (neues Muster).

Nachdem der Kandidat der Pharmazie N. N. aus X am . . ten 19 . . die pharmazeutische Prüfung vor der Prüfungskommission in X mit der Zensur „ “ bestanden und die Bestimmungen über die Gehilfenjahre mit dem . . ten . . . 19 . . erfüllt hat, wird ihm hierdurch

die Approbation als Apotheker

für das Gebiet des deutschen Reiches gemäss § 29 der Reichsgewerbeordnung erteilt.

Siegel und Unterschrift der approbierenden Behörde.

Approbation als Arzt.

Nachdem der Kandidat der Medizin N. N. aus X am . . ten . . . . 19 . . die ärztliche Prüfung vor der Prüfungskommission zu X mit der Zensur „ “ bestanden und den Bestimmungen über das praktische Jahr mit dem . . ten . . . 19 . . entsprochen hat, wird ihm hierdurch die

Approbation als Arzt

mit der Geltung vom letztbezeichnetenTage ab für das Gebiet des deutschen Reiches gemäss § 29 der Reichsgewerbeordnung erteilt.

Siegel und Unterschrift der approbierenden Behörde.

Literatur-Verzeichnis.

Becher, H., die Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I und Bd. II, München 1901.

Berendes, J., das Apothekenwesen, Stuttgart 1907.

Beseler, G., System des gemeinen deutschen Privatrechts. 3. A., Berlin 1873.

Böttger, H., die Apothekengesetzgebung des deutschen Reichs und der Einzelstaaten, Bd. I und Bd. II, Berlin 1880.

Böttger, H., die preussischen Apothekengesetze, Berlin 1910.

Choulant, L., Handbuch der Bücherkunde für ältere Medizin, 2. A., Leipzig 1841.

Conrad, v. J., Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. A. 1901 und 3. A. 1910.

Corpus juris civilis, editio Kriegelii, Leipzig 1887.

Cosack, K., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. A., 1910.

Cosack, K., Sachenrecht, Teil 1, 5. A., Jena 1911.

Crome, C., System des bürgerlichen Rechts, Bd. I Tübingen 1900.

Crusen und Müller, das Preussische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1901.

Danzer, M., das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) von 1756 in heutiger Geltung, München 1894.

Dernburg, H., Pandekten, Bd. I, 5. A., Berlin 1896.

Dernburg, H., Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des deutschen Reichs, 2. A., Halle 1879.

Dernburg, H., das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preussens, 4. A., Halle 1908.

Doehl, C., das Konzessionswesen, Bd. I und II, Breslau 1875.

Duden, G., einige Worte über den Rechtszustand in den Preussischen Rheinprovinzen und sein Verhältnis zu den Privilegien der Apotheken, Bonn 1835.

Entscheidungen des Obersten Landesgerichts in München.

Entscheidungen des Preussischen Oberverwaltungsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Eulenburg, H., Realenzyklopaedie der gesamten Heilkunde, Bd. II, 3. A., Wien — Leipzig 1894.

Fleiner, F., Institutionen des Verwaltungsrechts, Tübingen 1911.

Gerber, v. C. F., gesammelte juristische Abhandlungen, I Nr. XIII, Jena 1872.

Gerber, v., Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. A.

Gerber, v. — Cosack, System des deutschen Privatsrechts, Jena 1895.

Gierke, O., deutsches Privatrecht, Bd. I und II, Leipzig 1895.

Glück, D. Chr. Frd., ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Theil I und II, Erlangen 1800.

Grützner, B., Beitrag zur Geschichte der Apotheken Breslaus.
Günzel, F., das deutsche Apothekergewerbe, insbesondere die Errichtung von Apotheken (Dissertation, Leipzig 1905).
Heumann, G. H., Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, Jena 1891.
Heusler, A., Institutionen d. deutsch. Privatrechts, Bd. I u. II, Leipzig 1885.
Hinschius, P., System des Katholischen Kirchenrechts, Bd. III, Berlin 1883.
Holtzendorff, F. v., Enzyklopaedie der Rechtswissenschaft, Leipzig 1877.
Hufeland, G., über den eigentümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichungen neuer Gesetzgebungen. Giessen 1815.
Jellinek, G , System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1905.
Klüber, J. L., Staatsrecht des Rheinbundes, Tübingen 1808.
Koch, C. F., allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Bd. I bis IV, 6. A., Berlin 1874.
Kohler, J., Enzyklopaedie der Rechtswissenschaften.
Kopp, H , Geschichte der Chemie, Braunschweig 1884.
Kormann, K., System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
Laband, P., Staatsrecht des deutschen Reiches, 1. A. Freiburg 1880. 2. A. und 4. A. Tübingen 1909.
Laband-Stoerk, Archiv für öffentliches Recht, Bd. III, Freibu g 1888.
Landmann v. — Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. I u. II. 5. A., München 1907.
Landmann, v., Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. I, 6. A., München 1911.
Loening, E., Lehrbuch des deutschen Verwaltungs-Rechts, Leipzig 1884.
Mayer, O., deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I und II, Leipzig 1895.
Marquardsen, H. v., Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographieen, Bd. I, Freiburg 1883—1885.
Maurenbrecher, R., Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I und II, 2. A., Bonn 1840.
Meyer, G , Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. A., Leipzig 1905.
Meyer, G., Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1910.
Moser, J. J., Von der Landeshoheit in Polizeysachen 1775.
Neukamp, E., die Gewerbeordnung für das deutsche Reich, 9 A., Tübingen 1910.
Oertmann, P., Bayerisches Landesprivatrecht, Halle 1903.
Pappenheim, L., Handbuch der Sanitätspolizei, Bd. I, Berlin 1858.
Parey, Preussisches Verwaltungsrecht, Berlin 1887.
Piloty, R., Vorlesung über das Reichsstaatsrecht, Würzburg W. S. 1910/11.
Planck, H., das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. VI, E. G., 3. A.
Pözl, die bayerischen Wassergesetze vom 28. V. 1852, Erlangen 1880.
Predari, C., die Grundbuchordnung vom 24. März 1897, Berlin 1907.
Puchta, G. F., Kursus der Institutionen, Theil I, 8. A.

Pütter, J. St., Historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des teutschen Reiches, Bd. c, Göttingen 1787.
Regelsberger, F., Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893.
Rehm, H., die rechtliche Natur der Gewerbs-Konzession, München 1889.
Reyscher, A. L., in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. V, Leipzig 1841.
Rohrscheid, K. v., vom Zunftzwange zur Gewerbefreiheit, Berlin 1898.
Rönne, L. v., das Staatsrecht der preussischen Monarchie, Leipzig 1881.
Rosin, H., das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg, 1886.
Sarwey, D. O. v., das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880.
Savigny, F. C, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840.
Schelenz, H., Geschichte der Parmazie, Berlin 1904.
Schlayer in XII. Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess (Neue Folge) Giessen 1855.
Schichthörle, A., die Gewerbebefugnisse in der kgl. Haupt- und Residenzstadt München, Bd. I, Erlangen 1844.
Schmid, im Archiv für die civilistische Praxis (Linde), Heft 1 und 2 Band 44, Heidelberg 1861.
Schmoller, G., Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reiche (Neue Folge), 12. Jahrgang, 4. Heft.
Schulze, H. v., Preussisches Staatsrecht, Leipzig, 1872.
Seuffert, J. A., Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, München 1851.
Seydel, M. v., Bayerisches Staatsrecht, 2. A., Leipzig 1896.
Seydel, M. v., das Gewerbe-Polizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, München — Leipzig 1881.
Staudinger, J. v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz, 2. A. 1904.
Stengel, K. v., Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 1. A. 1890 und 2. A. 1911.
Struven, B. G., Corpus juris publici academici, enthaltend die vornehmsten Gesetze des Heiligen Römischen Reiches von der Güldenen Bulle an biss auf die Österreichische Pragmatische Sanction. 1734.
Thomasius, Chr., Dissertatio XXXIII „De jure circa pharmacopolia civitatum" Frankfurt 1774.
Unger, J., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I und II, Leipzig 1859.
Wächter, C. G. v., Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842.
Weiske, J., Rechtslexikon und Repetitorium, Leipzig 1840—62.
Windscheid, B., Lehrb. des Pandektenrechts, Bd. I. 8. A, Frankfurt 1900.
Zachariä, H., Deutsches Staats- u. Bundesrecht, T. 2, 3. A., Göttingen 1867.